

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año XIX

Marzo de 1943

Núm. 178

---

Reglas fundamentales del futuro  
Código Popular Alemán

(Conferencia de D. Nicolás Pérez Serrano en la Academia Matritense del Notariado.)

Cuando se habla ante un público como el que normalmente concurre a estas reuniones de la Academia Matritense del Notariado, y se tiene un cierto sentido de responsabilidad, por fuerza ha de asaltarle a uno el temor de no corresponder en forma debida ni a la honrosa invitación de que es objeto, ni a la cariñosa asistencia de quienes acuden confiados en el prestigio de la Corporación, y pueden sentirse defraudados por el poco acierto que en este caso presidiera a la designación del disertante. Yo quisiera, ante todo, rendir tributo de acendrado agradecimiento a la Academia por la merced que me dispensa, y desearía, en segundo lugar, someter a la meditación de los que me escuchan algún tema digno de su atención.

Conozco cuánto significa el admirable esfuerzo que vienen realizando por el enaltecimiento de su profesión el Cuerpo Notarial y su hermano el de Registradores de la Propiedad, que han sabido cumplir con entusiasmo aquel deber sindical, *nobile sensu*, que obliga a servir con devoción y amar con fervor el propio oficio; y por ello mismo, y aunque situado en latitudes harto lejanas de la severa precisión hipotecaria, me propuse desarrollar algún aspecto del intrincado problema de las reservas, cuyas derivaciones prácticas, tan frecuentes como complejas, reclaman a menudo la actuación de los Letrados; mas luego me asaltó la preocupación de que iba a fatigar penosamente a quienes me

oyeran, sin poder, en compensación, enseñarles nada serio; y, con sentimiento de piedad, he preferido brindar a ustedes las primicias de algo que, por lo menos, tenga el aliciente de la novedad. Me ocuparé, pues, de las "Reglas fundamentales del futuro Código Popular Alemán", haciendo tan sólo, y de antemano lealmente lo advierto, modesta labor de reportero jurídico, de gacetillero forense, que, a falta de más enjundiosa aportación, ofrece las últimas noticias, confiando en que el interés de ellas autorice a perdonar la pobreza literaria o científica de la expresión y la parquedad o ausencia del comentario, que exigen dotes de autoridad y de prestigio que el mero informador no puede poseer y que en el presente caso se halla muy lejos, por desgracia, de alcanzar.

Y dicho esto, y como el tiempo corre y los hombres de toga vivimos siempre bajo el agobio del plazo, entremos sin más dilaciones en materia.

#### ACLARACIÓN PREVIA

Ahora bien: aun para auditorio tan competente y preparado, acaso no estará de más una cierta expliación o aclaración previa del tema, a reserva de su ulterior desarrollo, y precisamente porque el enunciado resulta un tanto vago e inconcreto. El motivo a que este propósito responde es anunciar sinceramente desde un principio, como hilo orientador inicial, a qué obedecen y en qué consisten esencialmente esas Reglas fundamentales y de qué Código Popular Alemán se trata, pues una y otra expresión aluden a conceptos todavía no bien recibidos ni aclimatados en las técnicas habituales, y que pueden originar confusión o despistamiento, incluso entre profesionales avezados a las disciplinas del Derecho civil, y acaso más entre ellos que para juristas procedentes del campo del Derecho público.

En efecto, las Reglas fundamentales van a constituir el pórtico del nuevo Derecho privado alemán, sustituyendo *servata distantia* a las viejas reglas de títulos preliminares o a los conceptos ultraelaborados de la Parte general clásica, y aspiran a ser, en su estilo lapidario, solemne y conciso, algo así como la quintaesencia, el alcaloide, el principio activo en que han de inspirarse los particulares y los hombres de leyes para la vida en la comunidad y para la aplicación y progreso del Código en preparación o del Derecho nacionalsocialista en trance de cristalizar.

A su vez, el Código Popular Alemán ha de ser la futura codifica-

ción del Derecho privado del Gran Reich, que comprende, con área dispar de las antes reservadas a lo civil y a lo comercial, las órbitas principales de la vida privada del nacional y de sus asociados, bajo la impronta y con la pregnación de nuevo espíritu, que exige una transformación tan honda en la vida total del país como la que supone el advenimiento del nuevo régimen político y social, que hace su aparición en Alemania el ocupar Hitler el poder en 30 de enero de 1933. Si las Reglas fundamentales reemplazan a Títulos preliminares o Parte general, el Código Popular ocupa el puesto del Código civil y de otros cuerpos legales, condenados a desaparecer por su incompatibilidad con los principios ahora proclamados; o llamados a refundirse con inspiración moderna en una sistemática distinta de la tradicional y más concorde con las actuales tendencias del Estado totalitario.

#### HISTORIA

Breve y sucinta ha de ser. En julio de 1940 se comenzó la preparación de las Reglas fundamentales, interviniendo en ellas tres juristas bien conocidos y reputados, a saber: Justo Guillermo Hedemann, Enrique Lehmann y Ulfila Siebert, profesores en Berlín el primero y el último, y profesor de Colonia el segundo. Durante dos años se llevaron a cabo sucesivas redacciones y retoques, a fin de mejorar y perfeccionar la obra. En algunas ocasiones se oyó sobre problemas determinados a la Comisión Central y a la que entiende en la elaboración del Libro I del proyectado Código dentro de la Academia Alemana de Derecho. Pero la estructura básica y la formulación textual son obra de los tres autores al principio mencionados, que recaban, en su virtud, la "responsabilidad personal", como afirma Hedemann en el prefacio de la reciente publicación de aquel organismo, titulada *Código Popular. Reglas fundamentales y Libro I. Proyecto y aclaraciones* (Múnich y Berlín, 1942), que voy principalmente a utilizar.

#### ESTRUCTURA

Las Reglas fundamentales van numeradas en forma correlativa, y son 25 (antes llegó a haber hasta 32). Por razón de su índole, se agrupan en tres Partes, de muy desigual extensión. Constituyen la Parte primera, que es con mucho la nuclear, 18 reglas, comprendidas bajo la

rúbrica general "Principios de la vida de la comunidad del pueblo". Integrán la Parte segunda las reglas 19 a 23, ambas inclusive, que se engloban bajo el epígrafe "Aplicación y desarrollo del Derecho". Finalmente, la Parte tercera, dedicada al "Ámbito de vigencia del Código Popular", contiene tan sólo las reglas 24 y 25.

Característica común a todo este articulado es la preocupación por fijar en forma escueta, y a ser posible esculpida, reglas breves, tajantes, en estilo asequible al profano, y huyendo deliberadamente de expresiones técnicas, aun de las ya consagradas y que hubiesen permitido mayor fijeza acaso. Es de notar, sin embargo, cierta redacción menos enjuta en las reglas de la Parte segunda, que es la que tiene como destinatarios a los profesionales del Derecho.

#### INDICACIONES RESPECTO A LA TRADUCCIÓN

Quizá se estime literal en demasía; vaya en descargo de las imperfecciones que seguramente contiene el santo horror a corregir el original, porque si cualquiera versión entraña dificultades, y toda traducción resulta el tapiz vuelto del revés a que aludió Cervantes, el obstáculo es mayor cuando nos hallamos ante un texto de tipo tan singular como el de las Reglas fundamentales. En ellas buscaron afanosamente el matiz los preclaros juristas que las redactaron; no sería lícito, por tanto, hacer obra de simple menestralía, en que se disipara el tono elevado que se quiso comunicar a la formulación. Y, aun a trueque de apegarse con exceso a ésta, el escollo ha de reputarse menos grave que el de una alegre glosa desenfadada en que se evaporase por completo el aroma del vaso. Aun así y todo, aparecerá en alguna ocasión la perífrasis inevitable que sirva mediante un rodeo para dar idea de lo que los autores condensaron en una locución tersa y aceptada por el uso corriente. En síntesis, ofrecemos un modesto retrato que permita identificar los rasgos esenciales, aunque suprima detalles de interés.

Por lo demás, conviene de antemano hacer alguna aclaración. La palabra *Volk*, en su compuesto *Volk Gemeinschaft*, se ha traducido, después de serias vacilaciones, por "Pueblo" ("Comunidad del Pueblo"), aun cuando no falten razones para traducirla por "Nación"; pero se ha creído que con aquel vocablo se reflejaba más exactamente el sentido a que la expresión responde. Y la voz *Volksgenosse*, que tanto se repite, se ha vertido por "nacional", teniendo en cuenta, no

su adecuación perfecta, sino su menor imperfección con respecto a otros vocablos que, o acusan un matiz político, como el de "ciudadano", o una faceta económicosocial y hasta proletaria, como el de "camarada", o derivaciones administrativas más bien, como el de "natural", o antítesis con el credo inspirador del Movimiento, como las locuciones "individuo", "particulares", etc. Incluso la dicción "socio popular", que ya se ha empleado entre nosotros, reclama conocimiento anticipado de la idea que se quiere expresar, si no ha de inducir a desviaciones.

## REGLAS FUNDAMENTALES

PARTE PRIMERA.—*Principios relativos a la vida de la Comunidad del Pueblo.*

1. El bien del Pueblo alemán constituye la ley suprema.
2. Han de conservarse y guardarse en su pureza la sangre alemana, el honor alemán y la sanidad de la prole. Son las fuerzas fundamentales del Derecho del Pueblo alemán.
3. El matrimonio, como fundamento de la vida de la Comunidad del Pueblo, se halla bajo la protección especial del Ordenamiento jurídico. Habrá de acrisolarse como comunidad completa de vida de los cónyuges y servir a los fines superiores de la conservación y aumento de la especie (*Art*) y de la raza.
4. Constituyen los hijos el bien más precioso de la Comunidad del Pueblo alemán. En la juventud ven el Partido y el Estado el porvenir del Pueblo alemán.
5. Los padres están obligados a educar a sus hijos, con espíritu nacionalsocialista, así corporal como moralmente, para servir al Pueblo. A su lado tendrán para ello al Partido y al Estado con sus medios de educación y de disciplina.
6. Ninguna mácula recae sobre el hijo no matrimonial. Tiene las mismas posibilidades (*Anwartschaften*) que los demás nacionales. La futura madre tiene derecho a asistencia y amparo.
7. El primer deber de todo nacional es consagrarse a la Comunidad íntegramente sus fuerzas. Se asegurarán a todos los nacionales las posibilidades de vida y desenvolvimiento según su vocación y capacidad. Su trabajo y su obra gozan de la protección del Ordenamiento jurídico.
8. La propiedad de los nacionales queda reconocida. Puede el pro-

pietario disfrutar de su hacienda (*Haben*) con personal responsabilidad dentro de la finalidad de ésta en la economía popular, y dentro de esos límites, disponer también de ella.

9. La propiedad del suelo alemán implica deberes acrecentados del dueño para la administración y disfrute en forma fiel a su objeto.

10. El Derecho hereditario vela en pro de la familia y del Pueblo por los bienes que el causante hubiera ganado o recibido. Las disposiciones por causa de muerte gozan de protección en cuanto se respete ese propósito.

11. Los nacionales pueden asociarse para perseguir fines comunes en servicio de la vida cultural, laboral o económica del Pueblo.

12. El ordenamiento de la vida económica constituye presupuesto esencial para la plenitud de rendimiento del Pueblo y para una sana convivencia de los nacionales. Como medio para la razonable distribución de bienes se reconoce el contrato.

13. Quien ha asumido una obligación ha de tener a honor el cumplirla, aun en situación difícil; la fidelidad contractual es el fundamento del comercio jurídico.

14. Nadie podrá privarse de su honor ni de su libertad por contrato.

15. Ningún nacional podrá valerse del contrato para explotar a otro nacional.

16. El ejercicio de todos los derechos habrá de regirse por la buena fe y por los principios reconocidos en la vida de la Comunidad popular. El bien de la Comunidad ha de colocarse por encima de la propia utilidad.

17. El abuso del Derecho no tiene amparo jurídico alguno. Obran en especial de manera abusiva: quien se aferra al cumplimiento literal de una obligación que ha perdido su significado y su finalidad; quien reclama tan tardíamente que con ello se pone en contradicción inconciliable con su propia conducta anterior, -y quien procede con tal dureza en la ejecución que contradice gravemente el sano sentimiento popular.

18. Todo nacional que reciba agravio a su derecho o quiera remover alguna inseguridad jurídica existente, puede acudir a las autoridades competentes en solicitud de protección jurídica. La autodefensa no es lícita sino dentro de los límites legales.

PARTE SEGUNDA.—*Aplicación y desarrollo del Derecho.*

19. Ha de ser fin supremo para todos los custodios alemanes del Derecho, auxiliar imparcialmente a los nacionales en sus necesidades jurídicas, asegurando así y desenvolviendo el Derecho en servicio de la Comunidad del Pueblo.

20. El Juez no queda sometido a instrucciones al resolver. Fallará formando libremente su convicción con objetiva contemplación integral del caso e interpretando según la concepción nacionalsocialista del mundo. Con igual espíritu habrán de proceder Notarios y Abogados al asesorar en sus respectivos círculos de acción.

21. La interpretación de las leyes no habrá de atenerse a su tenor literal, sino que habrá de tomar en cuenta siempre el propósito a que responden. Todos los conceptos y las disposiciones han de interpretarse y emplearse en forma que permitan el más alto valor vital posible para la Comunidad del Pueblo alemán.

22. Para que se realice el fin de la Ley, puede extenderse una disposición legal a supuestos semejantes dignos de igual trato (interpretación analógica) o restringirse de modo que se evite su aplicación a aquellos supuestos que en otro caso resultarían inadecuadamente regulados (interpretación restrictiva). Si no puede hallarse en la Ley precepto apropiado ni obtenerse del Derecho consuetudinario, se fallará atendiendo a las ideas directrices de estas Reglas fundamentales.

23. Las declaraciones de voluntad que los nacionales emitan en el comercio jurídico se interpretarán con arreglo a los mismos principios.

PARTE TERCERA.—*Ámbito de aplicación del Código Popular.*

24. El Código Popular regirá para todos los súbditos del Gran Reich Alemán. Para los que no sean de sangre alemana no regirán aquellas disposiciones que por su propósito estén destinadas sólo a los de dicha sangre.

25. La aplicación del Código Popular a los extranjeros se regirá por los principios que el Gran Reich haya admitido en materia de Derecho interestatal.

## PROPOSITO Y FINALIDAD DE LAS REGLAS FUNDAMENTALES

Se ha encargado de exponerlos el más autorizado de sus redactores, el propio Hedemann. Y para ello, y ante todo, ha razonado por qué no son un "preámbulo", una "exposición de motivos". Constituyen dichas Reglas, en comprimido cuidadosamente condensado, el tono general, la inspiración a que han de responder los diversos libros del Código Popular; su misma riqueza de contenido resultaba incompatible con la forzada brevedad de un preámbulo. Y se proponen introducir al nacional en la futura obra legislativa; más aún: ganarlo para su Código. Los preámbulos, por otra parte, pasan rápidamente, y estas 25 Reglas fundamentales quieren perdurar, porque incorporan el espíritu de la nueva codificación, y no sólo caldean, sino que sujetan.

Por lo demás, son *parte integrante* de la Ley misma; no mera *obertura*, sino reglas jurídicas dotadas de vigor en sí.

Por el pensamiento y por la expresión, hallarán buena acogida, a modo de grata resonancia, en los oídos del Pueblo, que no puede hallarse en divorcio con el Derecho. Y he ahí la *misión reconciliadora* atribuída a estas Reglas. Como no es posible que el Código en su integridad se construya en forma que todos los nacionales, aun los profanos, lo lean y lo entiendan párrafo por párrafo con igual comodidad que si de un abecedario se tratase, las Reglas fundamentales vienen a ser algo así como el *puente* que conduce desde la vida del Pueblo hasta el mundo del Derecho.

Tal es la misión que se les confía y la finalidad a que obedecen las Reglas fundamentales proyectadas.

## RELACIÓN CON EL PROGRAMA DEL PARTIDO

Ello plantea esta cuestión. Las Reglas van impregnadas de pensamiento nacionalsocialista. Y de ahí que se aproximen tanto, en ocasiones, a la formulación dada en dicho programa. Es más: algún momento hubo en que se tuvo la idea de transcribir parte de éste, o incluso de insertarlo íntegramente. Pronto se desistió, porque ni el programa debe desarticularse en trozos, ni ha de estimarse conveniente trasladar su texto completo, que descuella y sobresale por encima de los límites del Código Popular, en frase del Dr. Frank. Preferible resulta, pues,

que las Reglas fundamentales gocen de autonomía. Siquiera hayan de estar, como no podía menos de ser, en íntima ligazón con el programa del Partido.

La conclusión que, en consecuencia, establece Hedemann es la siguiente: "Las Reglas fundamentales quedan al servicio del programa, y se le subordinan como medio auxiliar referido a una esfera especial de la vida del Pueblo, a saber: a la esfera del Código Popular."

#### RELACIÓN CON FIGURAS ANÁLOGAS

No han faltado antes "Introducciones", "Disposiciones generales", "*Titres préliminaires*", que ya tuvieron consagración en las codificaciones de los siglos XVIII y XIX. Desde el *Codex maximilianeus bavaricus civilis* de 1756 hasta el Código italiano de 1865, el legislador no supo remover la creencia de que el texto legislativo propiamente dicho tenía que ir precedido por una serie de disposiciones de ese tipo.

No sería lícito desconocer el valor de ese método; algunas de aquellas reglas adquirieron la significación de proverbios, con amplias resonancias y con hondo influjo en la práctica. (Recordemos el párrafo 7º del Código austriaco, el 4º del *Code civil*, el 1º del Código civil suizo, por ejemplo.) Y aún cabría alegar que a veces una de aquellas reglas se halla en sintonía con nuestro actual sentimiento jurídico, como ocurre con el párrafo 74 de la Introducción al Derecho general territorial de Prusia, que relega a segundo plano los derechos de los particulares, colocando en primer término los derechos y deberes que tiendan al bien común.

Pero la concepción esencial de las presentes Reglas, que irán a la cabeza del futuro Código Popular, es muy otra. En los citados precedentes históricos, la *Ley*, la *Ley* estatal, venía a constituir el centro de gravedad. Todo lo restante (con raras excepciones) era simple irradiación desde ese núcleo, cual sucedía, v. gr., con lo referente al Derecho interlocal o internacional privado. Y el estilo era sabio, sobre todo en los últimos Códigos.

Las actuales Reglas fundamentales quieren, por el contrario, aprisionar ante todo e inmediatamente la vida. Exponen los cimientos de la existencia de la Comunidad popular, muestran la actividad tupida de los nacionales, y sólo después de hecho esto nos guían hacia el Derecho y hacia las armas que él ofrece. Y aunque la Ley aparece también

en el párrafo 1.<sup>o</sup>, se trata de una "ley" entendida en sentido mucho más rico y singular.

#### A R R A S T R E S

No se crea, sin embargo, que las Reglas fundamentales van animadas de una artificiosa ansia de novedad. Visible resulta que en algunos extremos coinciden con las primitivas Introducciones (hablan de la interpretación de las leyes, recogen la fórmula de la "buena fe" o el principio austriaco del "agravio a nuestro derecho"). Y hasta reciben materias y formulaciones que pueden recordarnos las viejas declaraciones políticas de "derechos fundamentales" o "derechos universales del hombre" (sigue diciendo Hedemann).

Pero lo que importa es el *espíritu* que las informa y satura. La afirmación contenida en el programa nacionalsocialista de que todos los ciudadanos han de tener iguales derechos y deberes, no puede parangonarse con las frases igualitarias de la Revolución francesa, ni con el artículo 109 del texto weimariano. Ni nadie podrá interpretar como préstamo recibido de tales documentos constitucionales lo que se dice ahora respecto a la propiedad privada, la libertad de asociación o la protección al trabajo. Porque nada de ello se concibe ahora como derechos patentados del Individuo, sino como elementos inexcusables de la vida de la Comunidad. Lo que importa, repetimos, es el *espíritu* que troquela y domina las nuevas Reglas fundamentales.

#### RELACIÓN CON LA "PARTE GENERAL"

No tuvo el BGB "Introducción", "título preliminar". Como la obra aspiraba a ser enteramente objetiva, totalmente jurídica, deseó evitar cualesquiera resonancias de tipo humanofilosófico. Y por ello su mayor aportación se concretó en la llamada "Parte general", que logró celebridad allende las fronteras alemanas, pero que ahora ha tenido que ser sacrificada. El Código Popular no tendrá semejante Parte general. El renunciar a ella no ha sido empresa fácil para los hombres que, bajo la presidencia del Dr. Franck, han preparado los fundamentos de la reforma en curso, pero ha triunfado el convencimiento de que la vida ha de pesar más que la ciencia.

Ahora bien: las Reglas fundamentales, ¿pueden comparárse a la Parte general, o son un sucedáneo de ella? Desde luego, hay que recha-

zar lo segundo (basta con cotejar sus dispares propósitos), y en cuanto a lo primero, hay que reconocer que existen motivos para poner en parangón o contraste dichas Reglas y la Parte general. Porque, en efecto, ésta, como aquéllas, pretenden tener un valor más alto que el de los Libros que subsiguen. Incluso esa *supraordinación* adquiere en las Reglas fundamentales matices populares a la par que jurídicos, pues si la regla 22. II, tiene un sabor de técnica y va dirigida al Juez, hay numerosos párrafos de sentido popular y humano, que brillaban por su ausencia en el Código de 1896, sólo preocupado de comunicar instrucciones a profesionales de la Dogmática. Dijérase que el B G B partía casi siempre de la idea de que las leyes son tan sólo reglas para dirimir contiendas entre partes, y cuya aplicación incumbe a los Tribunales. En cambio, las actuales Reglas quieren ser, como ha indicado Lehmann, y son respecto, al menos, a las 18 primeras, línea directriz y norma de conducta que orienten a los nacionales en su vida dentro de la Comunidad. Y en ella estriba la segunda forma de supraordinación que las Reglas fundamentales ostentan sobre el resto del futuro Código, pero supraordinación de cuño muy distinto y de estilo muy diferente del que podían presentar los 240 párrafos de la Parte general en el B G B.

#### RELACIÓN DE LAS REGLAS FUNDAMENTALES CON LOS LIBROS SUBSIGUIENTES DEL NUEVO CÓDIGO

Merece el tema que se le dedique alguna atención.

En primer término, dichos Libros están hoy sin articular, en su inmensa mayor parte. Y ello obligará a revisión ulterior de las propias Reglas, una vez que toda la obra quede terminada; pero desde ahora cabe referirse a tres aspectos:

1.<sup>º</sup> SERIACIÓN DE LAS REGLAS.—Difiere conscientemente del orden que han de llevar correlativamente los Libros del Código. Pudiera creerse que lo natural era seguir en aquéllas el mismo orden que han de llevar éstos. Pero la experiencia ha enseñado que ese paralelismo académico sería un error. Quitaría a las Reglas lo mejor de su fuerza. Las Reglas, pudiéramos decir, llevan en sí la ley de su propia ordenación interior.

2.<sup>º</sup> POSIBLES COLISIONES POSTERIORES.—Habrá de impedirse desde luego, naturalmente. En cambio, no preocuparán tanto las reiteraciones; así, por ejemplo, la regla 7.<sup>a</sup> y el párrafo 1.<sup>º</sup> del libro I

coinciden en cierto modo. Acaso se procuren luego los oportunos retoques, pero de una repetición ocasional no resulta ningún daño si con ella se obtiene mayor plasticidad. Un Juez auténtico, cuando se encuentre ante dos textos que no tengan idéntico tenor, sabrá obtener la solución justa, porque sabrá también que las "antinomias" no pueden evitarse nunca por completo, y que incluso en algún caso ofrecen cierta utilidad.

3.<sup>o</sup> TERMINOLOGÍA.—El ideal sería que la redacción de las Reglas fundamentales lograse tal perfección (y se ha pretendido así) que pudieran seguirse sin dificultad en los Libros ulteriores. Por ello se han empleado expresiones como las de "hijo natural (no matrimonial)", en vez de "ilegítimo", o "vida de Comunidad popular", en lugar de "convivencia del Pueblo", etc. Así, también se ha sustituido el vocablo *Sippe* ("parentela"), que al principio se aceptó, por la voz "familia". Hay que esperar, de todos modos, para ver si la elaboración de los Libros siguientes aconseja todavía algunas correcciones de terminología en estas Reglas fundamentales.

#### L E N G U A J E

La forma de expresión, como queda dicho, se ha cuidado con esmero. Quería conservarse un tono elevado; algunas materias exigían lenguaje más objetivo y sobrio. Una última armonía no es siempre asequible ante necesidades encontradas. De otra parte, hay que tener en cuenta al destinatario: la mayoría de las reglas se dirigen al propio ciudadano; otras, en cambio, al Juez, como guardián de la Ley. Lo cual no debe extrañar en absoluto. De lo que había de huirse era de que las reglas siguieran un carril uniforme; que, como dijo el poeta refiriéndose a las campanas, el buen sonido se consigue mezclando lo duro con lo tierno, lo recio con lo suave.

Por ello también en las Reglas fundamentales del nuevo Código Popular Alemán las diferencias que se adviertan entre los diversos párrafos pierden valor ante la impresión del conjunto y ante la orientación general decisiva.

\* \* \*

Hasta aquí la explicación que pudiéramos llamar "oficial". Atrevámonos a añadir algún leve comentario, o más bien ligeras apostillas.

## REFLEXIONES GENÉRICAS

Si quisieramos resumir en breves pinceladas las múltiples reflexiones que sugiere el estudio de las Reglas fundamentales, faltaríamos, ante todo, a un deber de justicia si no rindiésemos tributo de respeto y de admiración a la obra que suponen y al esfuerzo que revelan. Ante cualquier trabajo que contemplemos, debe ser nuestra actitud la del que aprecia en todo su valor el empeño que representa y el aliento creador que lo anima. Sólo tiene derecho a la crítica quien, sintiéndose capaz de comprender el propósito y de reconocer la fatiga labórica de mucho tiempo de dedicación a la empresa acometida, se considera en situación de mejorar el resultado. Y si a esta obligación elemental de justicia, que siempre ha de preceder al enjuiciamiento, se unen la magnitud del cometido, el ansia de superación y la dificultad de las circunstancias en que se actúa, la opinión que se forme ha de valorar este conjunto de factores si el juicio ha de ser equitativo.

No es nunca tarea fácil ni hacedera redactar un Código de Derecho privado: meses y años de profunda preparación, de aportaciones doctrinales y prácticas, de cuidadosa redacción, de revisiones sucesivas, de acoplamientos, de supresiones, de vacilación entre criterios, de acuñación final de las fórmulas que parecieron más felices, constituyen la trama interna de lo que luego al existir no significa sino unos cuantos pliegos de papel impreso. Piénsese, además, que no se ha querido mantener la vieja armazón que en estructura y soluciones brindaban modelos autorizados; que se ha intentado aportar nuevos ejes de visión, condensar una concepción moderna del mundo y de la vida, plasmar una dogmática en cierto modo revolucionaria, y se advertirá al instante cuánta pasión fervorosa, cuánto entusiasmo encendido, cuántas vigilias angustiosas han tenido que dedicarse hasta que llegasen a cristalizar en 25 Reglas escuetas pensamientos, sugerencias, ideologías recientes; todo un cúmulo de inspiraciones aún en fermentación tumultuosa, con el ardor atropellado de lo que es todavía juvenil y vigoroso, pero por ello mismo algo impreciso y no definitivamente sedimentado. Finalmente, esta ingente tarea se emprende, no en momentos de normalidad nacional, de quietud sosegada, de pacífica tranquilidad y reposo, sino en pleno fragor de lucha terrible, cuando sentidos y potencias se encuentran consagrados a una guerra decisiva: ya es bastante título para reclamar respeto y simpatía el hecho de que en tales condiciones se pose el espíritu

con la serenidad suficiente para troquelar las futuras normas de la convivencia ciudadana. Frente al clásico *silent leges inter arma*, la voz del Derecho quiere hacerse oír. Hay que escucharla con actitud proporcionada al esfuerzo que eso implica.

En cuanto a *la forma*, cabe destacar las notas de solemnidad y de elevación, pero procurando a la vez que no resulte enunciación enfática ni indescifrable. Se ha buscado, sobre todo en la Parte primera, y por razón del inmediato destinatario de esas Reglas, que van dirigidas al hombre medio, no al jurista, ni siquiera el sujeto culto, un estilo asequible, en que se rehuyen expresiones técnicas y las ideas se exponen en términos que cualquiera pueda entender. La única duda que nos asalta, para no ocultar nada, es que precisamente ese loable intento de conciliación de los contradictorios se frustre por inevitable imperio de la realidad; que las Reglas resulten insuficientes para el profesional y, en cambio, parezcan excesivas para el profano. No ha de olvidarse, empero, que una amplia cultura general, difusión adecuada y aplicación progresiva, remediarán el posible obstáculo y permitirán que se logre la finalidad perseguida. Aparte de que no se quiso hacer pura obra de fría razón, sino un texto caldeado por estímulos cordiales y emotivos, en consonancia con el nuevo sentido vital.

Lo que resulta a la postre es que el jurista, en muchas ocasiones esclavo del formalismo, propende a supervalorar lo externo; busca siempre el precepto tajante, la regla plástica; en ningún género literario hay tan severa exigencia de precisión como en la redacción legislativa, porque palabra que sobra puede estorbar; han de emplearse los vocablos imprescindibles: ni uno más ni uno menos; y nos asalta inevitable angustia al enfrentarnos con textos en silueta, donde en torno a un núcleo medular escueto y perfilado aparezcan halos o nimbos, o se desdibujen los contornos, como en ciertas fotografías al *flou*. Acaso porque aristocráticamente hacíamos la Ley nosotros y la elaborábamos principalmente para nuestra aplicación y nuestro uso. Ya debiera aleccionarnos la enseñanza que se deriva, arrancando de raigambre constitucional pretérita, de textos como la Carta del Lavoro o nuestro Fuero del Trabajo, que no respetan la clásica formulación de las viejas leyes, y tienen, sin embargo, valor tan excelso, por lo menos, como el más rotoundo y acabado precepto imperativo.

Acaso, acaso la verdad se encuentre, como tantas otras veces sucede, en aquel prudente término medio donde suele radicar la virtud; no nos

empeñemos en querer oír siempre la voz de la *razón escrita*, al modo ruso; pero tampoco nos dejemos llevar hasta guiarnos tan sólo por el impulso generoso y emocional, como en viejos aforismos germánicos; quizás debiéramos contentarnos con escuchar, por ejemplo, la palabra del buen sentido, popular, justo y honesto, a la manera de tantas afortunadas formulaciones como abundan en el Código civil suizo.

En cuanto *al fondo*, y *como impresión primera*, la propensión ya notada a las afirmaciones de tipo amplio obliga a fijar la atención en el mecanismo empleado y en su eficacia. Es lo abstracto una generalización de lo concreto, y la proposición universal encierra muchas proposiciones particulares. A medida que abstraemos, vamos generalizando; se desdibujan los factores empíricos y recogemos sólo los genéricos. Nuestro mismo Código civil podría brindarnos ejemplos: su artículo 1.445, que define la compraventa, resulta más concreto que el 1.258, relativo a la obligatoriedad de los contratos una vez perfeccionados, o que el 1.091, al afirmar la fuerza de la ley de dichos contratos; y así, ascendiendo progresivamente, podríamos llegar hasta declaraciones cada vez más universales, pero menos precisas: terminaríamos, dentro de lo moral, en la formulación maravillosa del Decálogo (que aún admite síntesis ulterior), o, dentro de la esfera jurídica, en aquella trinidad de *iuris præcepta* que consigna la Instituta.

Para que la regla sea virtual, para que cobre eficacia, requiere un mínimo de corporeidad materializada, de concreción empírica, de aptitud para traducirse en asesoramiento o mandato que se aplique inmediatamente a las situaciones de la vida. El riesgo, en otro caso, resulta evidente. Ha de recordarse, sin embargo, que estas Reglas fundamentales no pretenden ser por sí todo un Código, sino la destilación en principios activos de lo que va a constituir el contenido de varios Libros de párrafos articulados, alcaloide, quintaesencia, vitamina fecunda, cuya inspiración oriente siempre en la aplicación y desarrollo del Derecho. Y en tal concepto pueden desempeñar un papel de primer orden, porque la experiencia enseña qué subido valor alcanzan esos preceptos generales, vagos, generosos, cuando falla la regla explícita que ansiosamente buscábamos por entre los capítulos y títulos de un Código, y no hallamos el remedio justiciero que nuestro caso exigía, y que forzosamente tiene que existir, so pena de resignarnos al agravio de nuestro derecho. Lo general es subsidiario de lo particular, ha dicho Ma-

nigk; y desde ese punto de vista las Reglas fundamentales están llamadas a alcanzar fecunda virtualidad.

Con todo y con eso, alguien preguntará: "¿*Quid* respecto a la seguridad jurídica?" Pero ése es problema aparte, y que, por su gravedad, no puede ser abordado colateralmente.

#### JERARQUIZACIÓN DE NORMAS

El constitucionalismo, aun antes de culminar su doctrina en esquematismos de admirable elegancia lógica, cual los de la escuela vienesa, había establecido un escalonamiento de normas formalmente subordinadas entre sí, en que desde la ley ordinaria se ascendía a la ley constitucional, y desde ésta cabía todavía remontarse a esfera más alta, como la integrada por aquella *legitimidad constitucional* de que habla Hauriou, y que permitía colocar en el vértice de la pirámide los "inmortales principios" de 1789, tantas veces derogados o silenciados después, y que, sin embargo, en la mística del régimen político francés de antaño implicaban base profunda o justificación primera de toda la jerarquía de las fuentes. Esa triple gradación se advierte también en la nueva ordenación jurídica alemana: la legitimidad esencial radica en el programa del Partido; las Reglas fundamentales ocupan algo así como el plano de las normas constituyentes, superiores a las ordinarias, no modificables por éstas; y el resto del Código Popular estará integrado por normas ordinarias, que han de obedecer, en doble subordinación, al espíritu de las Reglas fundamentales y a los postulados cardinales del programa nacionalsocialista.

Queda abierta la cuestión de si estas Reglas fundamentales, dado, sobre todo, el alcance y amplitud de algunas, se impondrán, con ese supervvalor, tan sólo en la esfera jurídicoprivada, o tendrán aplicación y eficacia para otros ámbitos del ordenamiento legal. Al fin y al cabo, ello no repugnaría al molde habitual de los Códigos civiles, donde por imperativos de inercia seguían acumulándose disposiciones no sólo vigentes en la esfera privada, sino de uso común para todo el régimen jurídico del país.

#### RASGOS MÁS SALIENTES Y ACUSADOS

a) INDIVIDUO Y COMUNIDAD.—En el movimiento pendular que caracteriza la evolución de las épocas se acentúa y subraya hoy la nota

colectiva. El ser físico, individual, no vale sino en cuanto aparece encuadrado en un molde social y refleja en sí algo de la personalidad del todo. En función de éste, y para su servicio, se reconoce a los individuos, antes soberanos y hoy, como en otras etapas de la Historia, proyección corporeizada de anhelos colectivos, a través de los cuales es como pueden afirmar su personalidad propia. En la morfología de la cultura, que diría D'Ors, hemos pasado del hotelito individual a la gran casa de pisos (del *cottage* a la *bancok-house*).

*b) LO CONCRETO.*—Pero no interesa tampoco el hombre, cualquier hombre, sino el nacional, el sujeto unido por lazos de tierra y sangre a una comunidad nacional específica, y sobre todo y sobremanera el nacional de raza alemana. Para él rigen cuantas reglas se dictan; para el nacional de raza no germana no son éstas aplicables en toda su extensión. Huyendo de la tradicional generalización ("derechos del hombre", v. gr.), aquí se declaran y reconocen los derechos y los deberes, no se olvide, del hombre ligado a la Comunidad del Pueblo alemán por vínculos tan íntimos, tan indestructibles y tan eternos como son los de la raza y el suelo.

*c) PREOCUPACIONES PREFERENTES.*—Negado el Derecho cosmopolita, natural, uniforme; condicionado todo orden jurídico por los dos factores empíricos fundamentales mencionados, raza y suelo, la consecuencia fluye espontánea: merecen protección especial esa sangre y esa tierra, y de ahí la preocupación por conservar a todo trance la pureza de aquélla y por elevar el valor de ésta, que no puede ser simple mercancía, y que impone las obligaciones más severas al propietario de fundos.

*ch) OTROS VALORES PRIMARIOS.*—Pasan a lugar relevante el honor y el trabajo. Tradiciones germánicas (y todo nacionalismo ha de ahincar sus raíces en una tradición) imponían que se subrayase aquél, y por eso abundan tanto en la moderna literatura científica alemana las monografías sobre "el honor", "la palabra de honor", etc.; de otra parte, modernas preocupaciones, y el sentido humano y socialista del régimen, obligaban a acentuar la importancia del trabajo. Mas no se olvide que la atención a los problemas económicos asoma constantemente a la superficie, y que esa economía se concibe, no amorfa y dispersa, sino disciplinada, planificada y atenida a las supremas conveniencias de la Comunidad del Pueblo.

*d) ESPÍRITU DE LOS INSTITUTOS BÁSICOS.*—Sobriamente se va

enunciando: la *familia*, fundada en el matrimonio, y éste como plena comunidad de vida, para conservación y aumento de la especie y de la raza, constituyen piedra angular; mas no por eso pueden olvidarse los hijos nacidos fuera de matrimonio, a que se dedican disposiciones amparadoras; y la patria potestad exige que la prole sea educada en el espíritu nacionalsocialista y para servicio del Pueblo. La *propiedad* queda consagrada, pero con sentido de responsabilidad y adscripción a fines de utilidad general. La *herencia* sirve para el bien de la familia y del Pueblo, y dentro de esos límites se autoriza la facultad de testar. En lo *contractual*, reducido al ámbito patrimonial ya, perdura un propósito de fidelidad, de formalidad en el cumplimiento de los compromisos adquiridos, si bien se modera con razonadas restricciones la severidad del principio y se evita todo intento de dureza por parte de los acreedores, condenando los abusos de derecho en esta esfera.

De notar es la sustitución de los *derechos subjetivos* (cuya mención se elude cuidadosamente) por la idea de *situaciones jurídicas*, fiel corolario de la nueva concepción, pese a lo cual muchas de las Reglas recuerdan las viejas Tablas de derechos, siquiera sea con espíritu enteramente distinto. Y por lo demás, y también surge la evocación, se reafirman los *deberes* para con la Comunidad en forma expresa.

e) LOS CUSTODIOS DEL DERECHO.—Suprimido el concepto de Abogado, como es sabido, se quiere significar el relieve nuevo del asesoramiento jurídico y de la decisión judicial mediante la dicción "custodios del Derecho". Y una vez más aflora la tesis cardinal de que los profesionales de la toga actúan para servicio de la Comunidad del Pueblo. Por eso han de atenerse a las normas dictadas, pero auscultando su íntimo sentir, en vez de aferrarse a la letra, y aplicando, en último término, no nebulosos principios generales del Derecho, sino la idea matriz de las propias Reglas fundamentales.

#### RECAPITULACIÓN

La aparición de las Reglas fundamentales presagia la muerte de la Parte general. Es ocasión de enjuiciar ésta, que entre nosotros merecía alabanzas tan calurosas. Y por encima de discrepancias y de apasionamientos, nadie negará ni la trascendencia que dicha Parte general tuvo, ni el servicio que ha prestado a la doctrina y en la práctica. Sus viejos conceptos, agudos como alfileres, recios como lanzas, van a su-

cumbir. La ardorosa defensa hecha por el ilustre y llorado Manigk o la sagacísima apología realizada por Heck, han quedado sin eficacia. Pero si el impulso arrollador del Movimiento prescinde de aquella creación técnica de los juristas del Imperio, los mismos redactores de las proyectadas Reglas fundamentales no ven sin pena morir una de las obras más acabadas de la ciencia jurídica germana, y especialmente ha de experimentar este sentimiento el insigne Hedemann, que precisamente muy poco antes del advenimiento del nuevo régimen acusaba el peligro de una evasión por el camino de las "cláusulas generales".

Se ha temido que los conceptos, pura razón, ahogasen la vida; pero sobre existir en la clásica Parte general disposiciones de amplio sentido vital (piénsese en los llamados "párrafos regios"), acaso el mal radicaba, no tanto en la formulación dada como en propensiones de temperamento y de raza. También las recientes Reglas fundamentales contienen, a su modo, conceptos y aun superconceptos, cuando no alguna bella metáfora, y sólo una orientación espiritual diferente permitirá corregir el daño denunciado.

Recordemos que Jhering, en su donosísima fantasía sobre el cielo de los conceptos jurídicos, cuando pondera cómo el aire es veneno para los juristas teóricos, y añade que los conceptos no soportan contacto con el mundo real y que en su atmósfera no existe la vida, formula a continuación a su espíritu acompañante la irónica pregunta de si ingresan muchos juristas en aquel paraíso; y la respuesta reza: "Sólo unos pocos, casi exclusivamente alemanes".

Por eso Heck ha estimado que el problema radica en una cuestión metodológica: en sustituir la jurisprudencia conceptual por la de intereses; y Castán, que reconocía la indudable utilidad de la Parte general, la sujetaba a la condición de que se acertase a reducirla a lo indispensable y se la expurgase de *nociónes puramente teóricas y abstractas*.

En fin de cuentas, siempre volvemos al punto de partida: un exceso de racionalismo había secado otras fuentes de inspiración. Seguimos creyendo, en frase de un pensador español contemporáneo, que la raza iba a enjugar definitivamente las lágrimas del mundo. Y hoy se reacciona violentamente contra ese absolutismo de la raza. Las almas que sólo se alimentan de ideas puras se vuelven anémicas, advertía ya Unamuno. Y Ortega ha corregido todavía en otro sentido, proclamando que las raíces de la cabeza están en el corazón.

¿Qué de extraño puede tener que un cierto impetu vital, quizá des-

proporcionado, pero tan intenso por vía de reacción como lo fuera la acción anterior, pretenda arrollar los viejos conceptos, de que tanto se había usado? Queda, de todos modos, planteada la duda de si las nuevas formulaciones no incidirán en vicio similar: suprimida la Parte general, puede resucitar una nueva Parte dogmática constitucional, al estilo de pretéritos Códigos fundamentales políticos, si no es que llegamos a modular aquella Parte general de todo el Derecho con que soñaba en 1927 Karl Friedrichs.

De todas suertes, hagamos votos por que las Reglas fundamentales, cuando lleguen a cristalizar, rindan fruto tan jugoso y sazonado como produjeron los 240 párrafos del texto de 1896.

#### F I N A L

Voy a terminar. Harto he molestado la atención de los oyentes; pero a todos, a ustedes y a mí, nos salvan la pureza del propósito y el absoluto desinterés del móvil. Cuando la vida diaria nos obliga a sumergirnos en números de protocolo, o a caminar entre inscripciones y anotaciones preventivas, o a circular entre interdictos y folios sumariales, parece que nos sentimos redimidos si por un momento nos aislamos del cotidiano quehacer, y, sustrayendo tiempo a lo que es ocupación profesional sustentadora, alzamos la mirada a otras regiones en que el único provecho consiste en la satisfacción espiritual que nos produce el contacto con un libro grato o en la enseñanza que derivamos de los nobles afanes de otros pueblos. De este modo y por este medio también hacemos, a nuestra manera, obra de comunidad, de comunidad tan pura como la que nace de sentir juntos unas mismas preocupaciones y trabajar juntos por una mayor perfección de nuestro conocimiento del Derecho, padre y señor a quien así servimos sin pedirle en cambio retribución alguna.

• NICOLÁS PÉREZ SERRANO.

Catedrático.

# El derecho de voto del accionista (\*)

SUMARIO.—7. La emisión del voto.—8. Conflicto de intereses entre la sociedad y el accionistas.—9. Los pactos sobre el ejercicio del derecho de voto. Sindicatos de accionistas.—10. El ejercicio del derecho de voto por representante.—11. El problema de la unidad en el ejercicio de varios votos.—12. La cesión del derecho de voto y las cesiones legitimadoras de acciones.—13. El derecho de voto en los supuestos de usufructo y prenda de acciones.—14. Conclusión.

7. La emisión del voto constituye un negocio jurídico unilateral. Es una declaración de voluntad no recepticia destinada a unirse con las declaraciones de los demás socios y fundirse con ellas en un acuerdo colectivo, expresión de la voluntad social. La finalidad especial de esa declaración llevó a algunos autores a sostener que no eran aplicables a ella los principios o normas del derecho común que regulan la materia de los vicios de la voluntad, estimando que las distintas declaraciones encarnadas en los votos desaparecían absorbidas por la voluntad corporativa expresada en el acuerdo de la junta general (1). Pero la doctrina dominante afirma, con razón, que si la emisión del voto está viciada (por violencia, error, etc.), el voto es nulo y podrá ser impugnado el acuerdo si aquél hubiera sido decisivo para la formación de la mayoría (2). En todo caso, para que el voto sea válido es imprescindible que su sentido aparezca perfectamente claro. Los votos

(\*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

(1) Así, Feine: *Las sociedades de responsabilidad limitada*. Madrid, 1930, página 247.

(2) Véanse, entre otros autores, Staub-Pinner: Ob. cit., art. 252, núm. 31 a; Enneccerus: *Derecho civil*, trad. esp., t. I, vol. 1, pág. 490, nota 5.

oscuros y los emitidos a reserva o bajo condición no pueden ser tomados en cuenta (1).

8. El accionista goza de amplia libertad en la emisión del voto. Puede votar en el sentido que tenga por conveniente, sin otros límites que el respeto al interés de la sociedad, la moral y el orden público.

El interés de la sociedad, que juega a la manera de límite natural de la libertad en la emisión del voto, corre grave peligro siempre que el accionista tenga un interés propio y particular en el asunto sometido a la deliberación de la junta general. Entonces no es aventureado suponer que al emitir el voto el accionista supedite la conveniencia de la sociedad a su interés personal y egoísta. El conflicto de intereses es fácilmente visible cuando la Junta general ha de deliberar sobre actos o contratos en los cuales el accionista y la sociedad aparecen colocados frente a frente como partes antagónicas (verbigracia, conclusión de un contrato entre la sociedad y el accionista, valoración de aportaciones en especie efectuadas por éste, tasación de un daño, etc.) Pero otras veces está desdibujado y encubierto y ofrece, por ello, mayor peligro. En el actual desarrollo del tráfico mercantil los grandes financieros y las instituciones de crédito participan en tantas empresas que en multitud de ocasiones los votos que emiten en la Junta general de una sociedad no persiguen la finalidad normal y directa de favorecer al interés de ésta, sino el fin torcido e indirecto de beneficiar a una sociedad rival en la que tienen un interés superior. Se sacrifica el interés de una sociedad en beneficio de otra. El accionista pierde gustoso en una sociedad para resarcirse de esa pérdida con las ganancias superiores que espera obtener en otra sociedad distinta.

Atento a corregir el peligro que corre la sociedad cuando sus intereses entran en colisión con los de un socio, el Código de comercio

(1) En la obra de Düringer-Hachenburg *Das Handelsgesetzbuch*, 3<sup>a</sup> ed., t. III, artículo 252, núm. 3, se citan varios ejemplos. Recogemos aquellos más interesantes: Quien declara que vota a favor de una proposición con la condición de que sea modificada en ciertos puntos, no reserva su voto, pero tampoco vota a favor de la proposición, sino en contra. Quien vota en favor de una proposición del Consejo de Administración, pero con la condición de ser elegido miembro de aquél, ha reservado su voto. Quien, habiendo impugnado la validez de la constitución de la junta, por estimar que no se habían cumplido las formalidades reglamentarias, vota a favor de la proposición presentada por el Consejo, a reserva del resultado de la reclamación entablada, no emite un voto válido (art. 45, núm. 10).

Véase también Feine, ob. y loc. cit

alemán prohibió al accionista el ejercicio del derecho de voto en todas aquellas deliberaciones en que había de ser exonerado de una responsabilidad o liberado de una obligación, o en las que hubiera de acordarse la conclusión de un contrato o la iniciación de una transacción o de un pleito entre el accionista y la sociedad (art. 252, párrafo 4.º). Y sobre la base de este precepto legal la doctrina ha mantenido la ilicitud del voto recaído en cualquier asunto en el que los intereses de la sociedad y los del accionista entrasen en conflicto, con la consiguiente nulidad del acuerdo cuando ese voto hubiera sido decisivo para la formación de la mayoría. Otros ordenamientos legales formularon el principio con menos rigor. Así, el Código de Comercio italiano (artículo 161) y el Código federal suizo de las obligaciones (art. 655) que prohíben a los administradores votar la aprobación de los bálanes y de las cuentas y las materias relativas a su responsabilidad. Pero la corriente legislativa moderna acentúa la nota prohibitiva; la ley alemana de sociedades anónimas reproduce el antiguo precepto del Código de comercio (art. 114, núm. 5), y el vigente Código civil italiano declara explícitamente que el socio no puede ejercitar el derecho de voto en las deliberaciones en que tenga, por cuenta propia o de tercero, un interés contrapuesto al de la sociedad (art. 2.373).

En aquellos países donde el derecho positivo silencia el problema (España y Francia, entre otros), la solución se halla erizada de dificultades, por la falta de base firme donde apoyar la prohibición del ejercicio de un derecho consustancial a la cualidad de socio como es el derecho de voto. La doctrina francesa afirma que la falta de una disposición legal expresa no permite prohibir el ejercicio del derecho de voto en los asuntos en que los socios estén personalmente interesados (1). Pero, en realidad, esa doctrina no entra en el fondo del problema y se limita a marchar de acuerdo con la jurisprudencia, por el camino más fácil y cómodo, sin tener en cuenta que esa solución podrá ser todo lo legal que se quiera, pero conduce a un resultado que pugna con la idea de comunidad de fines que preside la formación de toda sociedad. Con más acierto, la mejor doctrina italiana, anterior al vigente Código civil, ha sostenido que con independencia de la existencia o no de disposiciones legales explícitas, era principio de Derecho

(1) Pic: *Des sociétés commerciales*, 2.ª ed., 1926, t. III, núm. 1.305. Houpinbosvieux: *Traité général des Sociétés*, 7.ª ed., t. II, núm. 1.179. Lyon-Caen y Renault: *Traité de Droit Commercial*, 5.ª ed., t. II, vol. 2, núm. 846.

la incompatibilidad entre la cualidad de tercero contratante con la sociedad y la condición de socio ejercitante del derecho de voto sobre ese mismo asunto, porque no sería admisible que el accionista pudiera determinar con un acto propio la voluntad de la sociedad que con él contrata (1).

Si no puede negarse que el socio busca en la sociedad la satisfacción de un interés propio, no es menos cierto que ese interés personal en modo alguno puede buscarse fuera de la sociedad o contra la sociedad, sino justamente a través del interés social común a todos los accionistas, porque sin esa convergencia de los intereses individuales de los socios en un interés único y común no se podría hablar de sociedad. La esencia y el fundamento de toda sociedad descansa en la existencia de un fin común que unifique las voluntades particulares de los socios (2). El derecho de voto como derecho sustancial al accionista, inherente e inseparable de la condición de socio, no se atribuye a aquél para que pueda ejercitáro en un sentido antisocial. No negamos con esto que el voto del accionista pueda inspirarse en intereses personales, extrasociales, pero lo que no es admisible es que ese voto sea lícito cuando pueda dañar a los demás accionistas o a la sociedad. El deber de fidelidad del accionista se opone a ello (3).

Pero si es fácil llegar a la conclusión de que los principios generales y básicos de la sociedad anónima vedan al accionista dar su voto en aquellos asuntos en que esté directamente interesado, la dificultad surge cuando se pretende hacer valer la nulidad de esos votos, porque el Derecho español que desconoce, a diferencia de otras legislaciones, un procedimiento especial de impugnación de los acuerdos de las Juntas generales, no proporciona ni a la sociedad ni al accionista dañado un instrumento eficaz de defensa. Ciento que no puede negarse al accionista singular la facultad de impugnar judicialmente el acuerdo de la Junta general, pero el único camino viable es el del juicio declarativo ordinario, lento y complicado, y como no sería fácil conseguir que la demanda de nulidad paralizase los efectos del acuerdo antes de la re-

(1) Vivante: *Trattato*, t. II, núm. 498. Asquini: "Conflitto d'interessi tra el socio e la società nelle deliberazioni di assamblee della società per azioni", *Riv. Dir. Comm.*, 1919, II, págs. 652 y sigs.

(2) Asquini: Ob. cit. en la nota anterior, pág. 661.

(3) El problema tiene íntima relación con toda la materia relativa al abuso de poder de la mayoría en las Juntas generales de la sociedad anónima. Véase R. Goldschmidt, en la ob. cit., págs. 123 y sigs.

solución del pleito, en definitiva rara vez se podrá evitar la consumación de los propósitos perseguidos por el accionista personalmente interesado en el acuerdo (1).

9. El accionista puede limitar voluntariamente la libertad del voto obligándose con otros socios o con tercera persona a votar en las Juntas generales en determinado sentido.

Alguna doctrina se mostró reacia a admitir toda clase de pactos sobre el derecho de voto, fundándose en que con ellos se suplantaba la función de la Junta general, que es de orden público, y se formaban unas mayorías artificiales que no eran resultado de la voluntad de los accionistas, ejercitada libremente, sino vinculada con anterioridad a la celebración de la Junta general (2). Otros autores sostienen que sólo son nulos los pactos que encadenan la libertad de voto de los accionistas obligándoles por cierto tiempo y de una manera general, pero no los pactos relativos a un caso concreto y determinado (3). Pero en la actualidad, cada día tiene más fuerza la doctrina que no pone reparo a la validez de los pactos sobre el derecho de voto, sean generales o especiales, con tal de que las estipulaciones no vayan contra los Estatutos, la Ley o las buenas costumbres. El fundamento de esta posición está en que el pacto sólo cobra valor en las relaciones internas de quienes lo estipulan y no afecta para nada a la esencia misma del derecho de voto. Si el accionista ligado por un pacto le incumple en el momento de la votación, esa circunstancia no influye sobre la validez del voto emitido. La persona (sea accionista o no) con quien el socio se haya comprometido a votar en sentido determinado no puede impugnar la validez del voto que entrañó la violación de ese compromiso. Sólo podrá ejercitar, en su caso, contra el socio, una acción personal de incumplimiento de contrato (4).

(1) El Código civil italiano regula el procedimiento para pedir la nulidad de las deliberaciones cuando el voto del socio que debiera haberse abstenido haya sido decisivo para obtener la mayoría, en el artículo 2.378. Se interpone la impugnación ante los Tribunales del lugar en que la sociedad tiene su sede, pudiendo decretarse la suspensión de la ejecución del acuerdo social, a petición del demandante, cuando existan motivos graves que así lo aconsejen.

(2) Así, Vivante: *Trattato*, II, núm. 499 bis. La Lumia: "La cessione et il vincolo nel diritto di voto nelle società per azioni (*Riv. Dir. Comm.*, 1915, II, páginas 68 y sigs.).

(3) Así, Houpin-Bosvieux: Ob. cit., núm. 1.178.

(4) Véase Staub-Pinner: Ob. cit., art. 317, núm. 8. Wieland: Ob. cit., páginas 252-3. Düringer-Hachenburg: Ob. cit., art. 252, núms. 57 y sigs.

En la vida de la sociedad anónima moderna es cada día más frecuente que grupos de accionistas se comprometan a observar una misma conducta en las Juntas generales con el fin de obtener un influjo estable y seguro en la marcha de la sociedad. Cuando el pacto reune a la mayoría de los accionistas, se convierte en un medio eficaz para garantizar la estabilidad de la administración. Si sólo reune un grupo reducido de socios, se convierte en un instrumento de defensa de las minorías (1). Estos pactos revisten ordinariamente la forma de consorcios o sindicatos, en los que unas veces los accionistas sindicados conservan la posesión de sus acciones y votan personalmente en las Juntas en el sentido acordado previamente, por mayoría, en el seno del sindicato. Otras veces los accionistas sindicados ponen sus acciones a disposición de una sola persona (generalmente el director o presidente del Sindicato), que asiste a las Juntas generales y ejercita, por representación de los derechos de voto incorporados al bloque de acciones sindicadas (2).

10. El accionista no está obligado a concurrir personalmente a las juntas generales. Puede ejercitarse el derecho de voto por medio de representante (3). Algunos ordenamientos legales consagran explícitamente esa facultad del accionista (4); pero otros, entre ellos el español, guardan silencio, y ante esa omisión, es necesario atenerse en pri-

(1) Para toda esta materia, véase Ascarelli "La licitá dei sindacati azionari", *Riv. Dir. Comm.*, 1931. II, págs. 256 y sigs.

(2) La naturaleza jurídica de los sindicatos de accionistas está todavía poco estudiada. Alguna doctrina se inclina a ver en ellos sociedades de carácter civil. Mas, para llegar a esa conclusión, es necesario violentar el concepto de la sociedad, porque en los sindicatos no se realiza la puesta en común de dinero, bienes o industria con ánimo de repartir las ganancias, que caracteriza a la sociedad, según el artículo 1.665 del Código civil. Los socios sindicados persiguen, sin duda, un fin común, pero no de carácter lucrativo. Por esas razones, Ascarelli (ob. cit. en la nota anterior) ve en el sindicato de accionistas un contrato plurilateral (contrato y no acuerdo, porque si bien después de constituido el sindicato el fin perseguido es único y común, en el momento de la constitución se da una contraposición de intereses que encuentra conciliación en las condiciones fijadas en el pacto de sindicación), distinto de la sociedad y que sólo tiene de común con ésta los rasgos propios de todo contrato plurilateral, por cuya razón sólo serán aplicables a los sindicatos las reglas del contrato de sociedad que derivan de su naturaleza de contrato plurilateral, pero no aquellas otras propias de la específica particularidad que tiene el contrato de sociedad, dentro del marco genérico de los contratos plurilaterales.

(3) La admisibilidad de la representación en el negocio jurídico de emisión del voto no se discute por nadie.

(4) Así, la ley alemana de Sociedades (art. 114, núm. 3) y el Código civil italiano (art. 2.372)

mer término a lo que resulte en cada caso de los Estatutos sociales, y en último extremo, a las normas de carácter general que rigen en materia de apoderamiento.

Es frecuente que los fundadores de las sociedades anónimas suplan la omisión de la ley regulando en los Estatutos el ejercicio del derecho de voto por representante. Cuando esto ocurre, el accionista queda obligado a respetar las disposiciones estatutarias siempre que no lesionen ni restrinjan sustancialmente su derecho. Los Estatutos no pueden privar al accionista del derecho de hacerse representar en las Juntas, porque ello equivaldría a suprimir el derecho de voto de aquellos que por enfermedad, ausencia, etc., no pueden asistir personalmente. Ni tampoco pueden prohibir la participación personal y directa en las juntas a determinadas clases de accionistas (por ejemplo, mujeres o extranjeros), obligándoles a ejercitar el derecho de voto por medio de representante (1), porque el ejercicio del voto por representación es una facultad del accionista, y convertir ese derecho en un deber, implicaría una limitación incompatible con la naturaleza del derecho de voto, que faculta—como vimos más atrás—a todo singular accionista para intervenir personalmente en las deliberaciones de la Junta general; además, el carácter capitalista de la sociedad anónima no autoriza para hacer depender de cualidades personales el ejercicio del derecho de voto.

Por lo general, los Estatutos de las sociedades centran el ordenamiento del derecho de voto por representación sobre estos dos puntos: la condición de las personas en quienes ha de recaer la representación y la forma del poder. En orden al primero, es muy frecuente, y en ello no ha de verse ninguna ilicitud, que se exija en el representante la cualidad de socio, sin duda con el propósito de evitar que personas extrañas a la sociedad traspasen el recinto de su vida interior e intervengan en el manejo de los asuntos sociales, aunque sea como ejecutores del mandato de un socio. En cuanto a la forma del poder, los Estatutos suelen exigir el acto escrito, sin necesidad de requisitos especiales (2). Mas si los estatutos no prevén la forma que ha de re-

(1) En el sentido del texto, Nitzke: *Die Ausübung des Aktienstimmrechts durch offene und stille Stellvertreter*, 1928, pág. 11. Schuhbauer: *Die Vertretung im Stimmrecht un der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, insbesondere die Legitimation übertragung*, 1930, pág. 7. Staub: Ob. cit., art. 252, núm. 30.

(2) Las legislaciones italiana y germana exigen también la forma escrita

vestir el poder, ¿será suficiente una representación conferida de palabra? En vía de principio, la validez del apoderamiento verbal es indiscutible (1). El apoderamiento es un acto exento de toda forma (2) que puede otorgarse incluso de modo tácito, y no hay razón para que ese principio general haya de quebrarse cuando se trate de ejercitarse el derecho de voto. El accionista puede conferir poder verbal inviolable en favor de la persona que ha de actuar en su nombre en la Junta general. Mas, justo es reconocer que la eficacia práctica de ese apoderamiento es muy relativa y casi nula, porque una cosa es la existencia y la validez de la representación en sí y otra distinta es que la sociedad haya de admitir sin más en las Juntas generales a quien se presente como mandatario verbal de un accionista. La sociedad podrá exigir a ese apoderado que acredite en forma las atribuciones que de palabra le confirió el socio representado, y aquél tendrá que acudir a la prueba documental o a cualquier otro de los medios que tiene establecidos el derecho civil si quiere ser admitido a la Junta general (3). Por eso en la vida práctica de las sociedades apenas si se conoce el uso de apoderamientos verbales. Sin embargo, la prueba de la representación no será necesaria cuando el accionista representado pone de alguna manera en conocimiento de la sociedad la autorización conferida al representante, porque entonces esa notificación opera como otorgamiento del poder (4).

El silencio de los estatutos plantea también la cuestión relativa a los términos en que ha de estar concebido el poder. Es dudoso si será necesario un poder expreso o bastará un poder concebido en términos generales para que el representante quede facultado para votar en nombre del accionista. Parece natural buscar la solución por la vía del artículo 1.713 del Código civil, donde se dice que el mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración, y que para realizar actos de riguroso dominio es necesario un mandato expreso. Pero la dificultad está, cabalmente, en encajar la emisión del voto en una de esas dos categorías. A nuestro

(1) Lo admite expresamente el artículo 1.710 del Código Civil.

(2) Véase Ennecerus: Ob. cit., II, pág. 267; Von Tuhr: *Tratado de las obligaciones*, 1934, I, pág. 234.

(3) Véase Houpin-Bosvieux: Ob. cit., II, pág. 318. El artículo 51 del Código de Comercio consagra el principio de libertad de forma en lo que se refiere a los contratos mercantiles.

(4) Véanse Pérez y Alguer: Notas a Ennecerus, I-II, pág. 272.

juicio, el acto de votar no cae dentro de ninguna de las dos clases de actos a que se refiere ese precepto legal. La emisión del voto no es más que el ejercicio de un derecho social que no tiene por finalidad directa ni administrar un bien patrimonial del votante ni ejecutar sobre sus bienes un acto de riguroso dominio. La finalidad perseguida por quien ejerce el derecho de voto en la Junta general de una sociedad anónima es, sencillamente, contribuir a la formación de la voluntad social, que ha de ser decisiva para tomar un acuerdo que puede repercutir indirectamente sobre el accionista en cuanto es miembro de la sociedad, pero que nunca podrá constituir un acto propio (ni de administración ni de dominio) del votante (1). Esta consideración nos lleva a sostener que el apoderamiento para ejercitar el derecho de voto ha de ser expreso y que no queda autorizado para votar por otro quien esté provisto de un simple poder concebido en términos generales, en el sentido del artículo 1.713 del Código civil.

Frente a los representantes legales de los menores, incapacitados, etcétera, y a los representantes orgánicos de personas jurídicas accionistas, no rigen las disposiciones estatutarias relativas a las condiciones personales de los representantes o a la forma de los poderes. La razón está clara. Los primeros ocupan en la sociedad anónima en virtud de la representación que la ley les confiere, la posición jurídica correspondiente a sus representados, con todas las facultades y derechos propios de la condición de socio. Los representantes estatutarios de sociedades o asociaciones y los que por ministerio de la ley ostenten la representación de colectividades públicas accionistas también pueden ejercitar sin más los derechos de socio propios de la persona jurídica que representan, como órganos encargados de ejecutar y hacer valer en la esfera de relaciones externas la voluntad de la persona jurídica.

11. En todas las colectividades jurídicas de personas regidas por el principio de la mayoría, se plantea el problema de si los miembros titulares de varios votos están obligados a emitirlos en el mismo sentido en cada deliberación concreta, o si pueden, por el contrario, ejercitar

(1) No deben inducir a error ni la circunstancia de que el derecho de voto esté incluido en la categoría de los derechos administrativos del accionista, ni el hecho de que a través del voto intervenga el socio en la administración de la sociedad, porque los acuerdos de las Juntas generales también recaen a menudo en materias que rebasan la esfera administrativa o constituyen verdaderos actos de disposición de los bienes sociales.

parte de los votos en un sentido y parte en sentido contrario o simplemente divergente. El legislador no ha tomado partido en este problema, pero la doctrina se pronunció en favor del principio de la unidad del voto, que adquirió pronto categoría de postulado en toda clase de colectividades jurídicas (asociaciones, corporaciones, sociedades, etc.).

Durante mucho tiempo la sociedad anónima no sirvió de excepción a esa regla. La doctrina mercantilista tradicional negaba al accionista titular de varios votos la facultad de ejercitarlos en sentido distinto. Pero en estos últimos años, un sector importante de escritores tomó una posición radicalmente opuesta. El primero que rompió abiertamente contra el principio tradicional fué Horowitz, en un estudio publicado el año 1913 (1), y a partir de entonces cobró vigor la tesis de que en el terreno de la sociedad anónima no tiene aplicación el dogma de la unidad del voto (2). Por el lado teórico, se apoya esta posición en el argumento de que cada una de las acciones lleva en potencia un estado de socio e incorpora un conjunto de derechos autónomos entre sí e independientes de los conferidos por las demás acciones, por lo que, faltando una prohibición legal, no hay razón alguna para negar la posibilidad de que los diferentes derechos de voto de un mismo accionista sean ejercitados en sentido distinto. Por otro lado se invoca la conveniencia de admitir el voto divergente como una exigencia de necesidades prácticas sentidas por los accionistas, y se argumenta que además sería vano pretender oponerse a la práctica del ejercicio dispar del derecho de voto, porque el accionista tiene siempre en su mano el procedimiento de encubrir la disparidad recurriendo al empleo de testaferreros u hombres de paja.

La apoyatura teórica de esta nueva posición doctrinal está en consonancia directa con el carácter impersonal y capitalista de la sociedad anónima. Es innegable que mirando el problema en su aspecto puramente dogmático y formal se llega fatalmente a la conclusión de que el accionista puede ejercitar cada uno de los derechos de voto incorporados a sus distintas acciones en el sentido que tenga por conveniente, porque esos derechos se atribuyen a las acciones como partes del ca-

(1) El estudio lleva por título *Das Recht der Generalversammlungen der A. G. und der K. A. G.*, siendo especialmente interesantes las páginas 138 y siguientes.

(2) Entre otros, Liebmann-Saenger: *Kommentar zum Gesetz betr. die GmbH.* séptima edición, 1927, art. 47, núm. 11. J. v. Gierke: *Handelsrecht*, 4<sup>a</sup> ed., 1933, páginas 364 y 365. Wieland: Ob. cit., pág. 233.

pital y no al titular de aquéllas. Pero también es cierto que esa conclusión, dogmáticamente pura, es en sí contraria al sentido jurídico, que se resiste a aceptar que un accionista pueda votar en una Junta general en favor y en contra de una misma proposición, porque en definitiva, la emisión del voto es una declaración de voluntad, y una persona no puede tener en un mismo asunto dos voluntades contrapuestas.

La conclusión a que llega esa doctrina se convierte en uno de los puntos de crítica más agudos de la sociedad anónima moderna pues pone de relieve el peligro de operar con el concepto de una entidad absolutamente deshumanizada, construida como pura agrupación de capitales. Claro está que los sostenedores de esa posición la refuerzan con determinadas consideraciones de tipo práctico, pero en el supuesto de que el accionista titular de los diferentes votos sea una persona física no resulta fácil ver (1) la existencia de razones prácticas imperiosas que aconsejen admitir la licitud del voto divergente. Por ello Klausing (2), con certera visión del problema, toma una posición intermedia entre aquellas dos antagónicas, manteniendo el principio tradicional de la unidad en el ejercicio del derecho de voto cuando el accionista sea una persona física, y admitiendo, en cambio, la licitud de la emisión de votos divergentes o contrarios cuando la condición de accionista recaiga en una colectividad de personas, con personalidad jurídica o sin ella. Frente a estas entidades sí es fácil apreciar la existencia de razones prácticas que aconsejan no poner obstáculos al voto divergente. Cuando el accionista titular de varios votos es una sociedad o una corporación pública que se hace representar por varios de sus miembros en las juntas generales de la sociedad anónima de que forma parte (3), entonces el respeto absoluto al principio de la unidad exigiría que antes de la votación los diferentes representantes de la

(1) Los ejemplos que ponen Horowitz y Gierke en las obras citadas no son convincentes.

(2) En una sugestiva monografía titulada *Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände*, 1928 en la que toma como punto de partida un fallo del Tribunal Supremo del Reich de 16 de septiembre de 1926, que da estado legal al problema pronunciándose en contra de la licitud del voto divergente, y origina la reacción de los sostenedores de la nueva posición.

(3) La posibilidad de que los accionistas, personas jurídicas, sean representados por varias personas en las juntas generales de la sociedad anónima a que pertenezcan, es admitida generalmente por la doctrina. En la práctica es frecuente que así suceda, y los Estatutos de las sociedades en las que participan otras sociedades o colectividades públicas suelen regular el sistema de esa representación múltiple.

entidad accionista se pusieran de acuerdo sobre el sentido en que habían de ejercitar los derechos de voto delegados en cada uno de ellos. Pero esto se traduciría prácticamente en un obstáculo casi insuperable para el desarrollo normal de las juntas generales, en las que es frecuente que surjan cuestiones incidentales que es necesario resolver sin que pueda producirse el acuerdo previo de los representantes de la entidad accionista. Por otra parte, en multitud de ocasiones, la exigencia del voto unitario iría contra el interés mismo de la entidad accionista, que al hacerse representar en la sociedad anónima por varios delegados suele escoger personas de diferentes capacidades, conocimientos técnicos, etc., con el fin de que votando cada uno de ellos con independencia y autonomía se reflejen en la junta general de la sociedad anónima las tendencias u opiniones que previsiblemente se habrían manifestado en el seno de la entidad accionista si el asunto propio de la votación fuese sometido directamente a su conocimiento (1).

Aunque la autonomía de los distintos representantes o delegados de las personas jurídicas accionistas abre la puerta a la posibilidad de que los votos correspondientes a esa entidad sean ejercitados en sentido diferente, esa divergencia no implica—como en el caso del accionista individual—contradicción de voluntades en un mismo sujeto, siempre que cada una de las personas físicas que acuda a la junta general en representación de la entidad a que pertenece ejerza los votos que representa en el mismo sentido.

12. El derecho de voto no puede ser cedido a tercera persona con independencia de la acción a que está incorporado. No se puede separar ese derecho de los demás que integran la condición o estado de socio y enajenarlo a título oneroso o gratuito a persona distinta del

(1) Croizat, en su estudio "Statut juridique des délégués des collectivités publiques dans les Sociétés d'économie mixte" (*Annales de Droit Commercial*, 1929, páginas 133 y sigs.), afirma que en ocasiones los Estatutos de las Sociedades de economía mixta en las que participan como accionistas colectividades públicas, facultan a diferentes delegados para tomar parte en las deliberaciones de las juntas generales, reservando el voto de la colectividad a uno solo de ellos. Pero estima que en el silencio de los Estatutos, los diferentes votos de la colectividad deben de ser repartidos entre los distintos delegados, que podrán votar en el sentido que tengan por conveniente. Plantea, además, la cuestión de si en el caso de que alguno de esos delegados no asista a la junta deben ser excluidas las acciones que él representa del cálculo del *quorum* y privada la colectividad pública de los votos consiguientes. La contestación que da es negativa, estimando preferible que los votos totales de que dispone la colectividad se distribuyan entre los delegados o representantes presentes en la junta.

titular de la acción. En este punto coincide la doctrina de todos los países. Y la razón es bien sencilla: de un lado, las acciones quedarían desnaturalizadas y privadas de una parte esencial de su contenido al ser despojadas del derecho de voto, que es el único instrumento de que dispone el accionista para intervenir en la gestión de los asuntos sociales, y de otro, la cesión de ese derecho podría dar intervención en la marcha de la sociedad a personas no accionistas desprovistas de toda participación económica en aquélla, carentes de un verdadero interés social y fácilmente titulares de intereses contrarios a los de la sociedad.

Pero la práctica, también de todos los países, reconoce una especie de cesión encubierta del derecho de voto que ha sido defendida por grandes e importantes sectores de la doctrina, especialmente de la alemana. Nos referimos a la llamada cesión legitimadora de acciones, que permite al cessionario (accionistas de legitimación) concurrir a las juntas generales en lugar del verdadero accionista y votar las acciones de éste en nombre e interés propios. El mecanismo interno de esta institución es el siguiente: el accionista autoriza a un tercero para disponer de sus acciones con la finalidad exclusiva de que éste pueda legitimarse externamente con esos títulos en las juntas generales y ejercitar en nombre propio los derechos de voto incorporados a aquéllas. De esta forma el accionista, que no quiere en modo alguno perder la condición de socio, conserva la propiedad de las acciones y se desprende únicamente del derecho de voto que no le interesa ejercitar. De aquí proviene la denominación castellana "cesión legitimadora", equivalente a la alemana "Legitimationsübertragung", usada por vez primera por Staub (1) al dar forma jurídica a la institución que había nacido como tantas otras al calor de la práctica de los negocios. A partir de la construcción de ese escritor, los defensores de la institución se han afanado en pulir su perfil jurídico, sin que en verdad hayan conseguido mejorar la originaria construcción de aquél, que desde un principio sostuvo que era una institución intermedia entre el mandato y el contrato fiduciario, pero inconfundible con ellos y de mayor analogía con el endoso de apoderamiento (2).

(1) En la ob. cit., art. 222, núms. 16 a 25, art. 223, núms. 17 a 22, y especialmente art. 252, núms. 8 a 22.

(2) El problema de las cesiones legitimadoras ha sido estudiado por vez primera en España por Garrigues en el último capítulo de su obra *Nuevos hechos...*, págs. 97

Para Staub y los seguidores de su doctrina es incuestionable la legalidad de las cesiones legitimadoras; estiman que constituyen una figura jurídica que no choca con ningún precepto legal y que no hay razones, por ello, para invalidar un negocio jurídico querido por las partes. El argumento es fuerte, mas, en el fondo de esa institución no es difícil descubrir una verdadera cesión del derecho de voto, puesto que la finalidad que se persigue es facultar a una persona para que ejercite en su propio nombre e interés los derechos de voto incorporados a determinadas acciones ajenas, conservando el accionista la propiedad de éstas y el ejercicio de los demás derechos de socio. En definitiva, el accionista de legitimación, lo mismo que la persona que adquiriese el derecho de voto en virtud de una cesión ordinaria, se convierte en dueño y señor absoluto del derecho de voto sin tener la propiedad de las acciones. Lo que ocurre es que la cesión del voto está cubierta externamente por una cesión de las acciones, formalmente válida si se quiere, pero que no pasa de ser un puro artificio (1).

Las consideraciones precedentes permitirían hacer valer frente a las cesiones legitimadoras las mismas razones que se oponen a la admisibilidad de las cesiones ordinarias del derecho de voto. Mas, en realidad, la validez de las cesiones legitimadoras no debe plantearse en su aspecto puramente jurídico. Es muy interesante el aspecto económico del problema. La cesión legitimadora es el medio o instrumento de que se valen los Bancos para ejercitar los derechos de voto de las acciones de sus clientes que tienen en depósito y, en definitiva, lo que interesa es determinar si es o no conveniente que los Bancos hagan uso de los votos incorporados a esos títulos. La objeción fundamental que se hace contra la práctica bancaria de las cesiones legitimadoras es que la intervención de los Bancos en las sociedades, sin la contrapartida de una participación efectiva en el capital social y, por tanto, en los riesgos de la empresa, contradice los fundamentos esenciales de la sociedad anónima y atenta contra los principios de una sana economía, sometiendo a las empresas a una influencia tal del dinero que

a 121. Véanse, además, entre otros estudios: Gieseke: *Das Aktiensimmrecht der Banken*, 1926. Ludewig: "Die sogenannte Legitimationsübertragung von Aktien" (*Juristische Wochenschrift*, 1922, págs. 1.501 y sigs.). Schuhbauer: Ob. cit., págs. 13 y sigs. Müller Erzbach. Ob. cit., págs. 26 y sigs. Nussbaum: Ob. cit., págs. 26 y sigs. Planitz: Ob. cit., págs. 10 y sigs.

(1) En el sentido general del texto, Planitz: Ob. y loc. cit., donde somete a fina crítica la construcción de Staub.

podría llevar al absoluto dominio de la producción industrial por los Bancos. Este peligro es evidente, mas justo es reconocer también que la intervención de los Bancos en la vida de las empresas proporciona a éstas ciertas ventajas; facilita, sobre todo, la obtención de créditos y la financiación de las empresas, al permitir que los Bancos puedan vigilar y seguir de cerca la marcha de las sociedades, y sirve para reforzar la posición de los administradores frente a los accionistas, interesados únicamente en obtener beneficios aun a costa de la estabilidad y robustecimiento de la empresa en sí.

Las legislaciones más modernas abordan con suma prudencia la regulación legal de las cesiones legitimadoras. Prohibir en absoluto la injerencia de los Bancos en las sociedades impidiendo el voto de las acciones que tienen en depósito podría producir un retramiento dañoso del crédito y, por otra parte, permitir el libre uso de las cesiones legitimadoras para lograr el acceso de aquéllos a las juntas generales entraña los peligros ya apuntados. Ante este dilema la ley alemana (1) ha acertado a señalar un camino que acaso consiga encauzar la práctica abusiva de las cesiones legitimadoras. No las suprime, las regula, reduciéndolas a límites justos de acuerdo con un amplio movimiento doctrinal que anteriormente se había manifestado en ese sentido. A partir de esa ley, en Alemania los Bancos pueden ejercitar el derecho de voto correspondiente a las acciones que tienen en depósito cuando hayan obtenido para ello una autorización escrita y expresa, otorgada en documento que no contenga ninguna otra declaración y cuya validez no puede ser superior a quince meses. La autorización no constituye un verdadero poder, sino una cesión legitimadora, porque los Bancos quedan autorizados para votar en su propio nombre y en el sentido que tengan por conveniente, no en el interés específico del cliente (2), como ocurre con el representante. Con ese sistema se reducen considerablemente los peligros del voto de los Bancos, porque éstos no pueden obtener ya la autorización de los clientes—como ocurría en el sistema anterior—ni de un modo tácito ni mediante cláusulas insertas en el condicionado general de las pólizas o resguardos de depósito (que en la mayor parte de los casos no son leídas por los depositantes de las acciones) y, por

(1) Art. 114, núm. 4.

(2) Véase Schlegelberger-Quassowski: Ob. cit., art. 114, núm. 13.

otra parte, no se cierra el paso a una cierta intervención de las instituciones de crédito en la marcha de las sociedades, que puede ser beneficiosa para la política general del crédito y de la financiación de las empresas.

13. Cuando al lado del derecho de propiedad coexisten sobre las acciones derechos reales de tercera persona, no siempre es fácil determinar el sujeto titular del derecho de voto.

El usufructo de acciones originó a este respecto una de las polémicas más movidas y variadas del derecho de sociedades anónimas. Sin el propósito de recoger aquí todas las posiciones y limitándonos a exponer las opiniones más destacadas, diremos que entre los cultivadores del derecho civil estuvo muy extendida la tesis de que el derecho de voto correspondía conjuntamente al usufructuario y al propietario de las acciones (1), y que como variante de esta posición puede señalarse la de aquellos autores que estiman que el usufructuario debe votar en los asuntos de carácter puramente administrativo, correspondiendo el derecho de voto al propietario de las acciones en todos los demás asuntos (2). Se ha sostenido también que el derecho de voto corresponde al propietario cuando las acciones sean nominativas y al usufructuario cuando se trate de acciones al portador (3). Pero las dos posiciones que han logrado reunir mayor número de adeptos y que, en definitiva, polarizan el debate son la de los que sostienen que el ejercicio del derecho de voto corresponde en todos los casos al usufructuario y la que entiende que ese derecho es siempre del nudo propietario de las acciones.

En favor del derecho de voto del usufructuario se argumenta en esencia que ese derecho tiene un contenido y una finalidad esencialmente administrativa, y que su ejercicio, además de ser una forma de aprovechamiento o disfrute de las acciones, entra en el círculo de las facultades de administración del usufructuario (4). Mas contra esa po-

(1) En este sentido, entre otros, Gierke: *Deutsches Privatrecht*, II, pág. 694, nota 75. Crome: *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, t. 3, (1905), art. 440, III, 28, pág. 547.

(2) Así, Namur: *Le code de commerce belge*, 2.<sup>a</sup> ed., t. II (1882), núm. 1.117. Siville: *Traité des sociétés anonymes belges* (1898), t. I, núm. 1.182.

(3) Puede verse Staudinger-Kobe: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, 7.<sup>a</sup>-8.<sup>a</sup> ed., t. 3 (1912), arts. 1.081 y 1.082, pág. 615.

(4) Entre nosotros sostiene esa posición Dalmases: *El usufructo de derechos*.

sición es fácil presentar una objeción insoslayable: la junta general de accionistas no delibera solamente sobre asuntos concernientes a la administración de la sociedad, decide también en asuntos que por su naturaleza y trascendencia no pueden ser reputados puros actos de administración social. El voto de los componentes de la Junta puede acordar la enajenación de bienes sociales, la emisión de obligaciones, el aumento o la disminución del capital social, etc., etc., y otras veces los acuerdos afectan sustancialmente a la vida misma de la sociedad (así la transformación, la fusión y, en último extremo, la disolución de ésta).

Por eso estimamos más sólida la posición que atribuye el derecho de voto al nudo propietario de las acciones. Ninguna otra respeta como ésta los principios ordenadores de la sociedad anónima. El derecho de voto es inherente a la cualidad de socio, y como la existencia de un derecho real de usufructo sobre las acciones no priva al nudo propietario de la condición de accionista, es él y no el usufructuario el verdadero titular de ese derecho consustancial a su condición de socio (1).

El supuesto de la prenda de acciones no ha planteado las dificultades y las dudas que el usufructo. En general, la doctrina está de acuerdo en que el acreedor pignoraticio no queda autorizado para votar en las juntas generales. El derecho de voto continúa perteneciendo al accionista propietario de las acciones. Como el accionista pierde con la prenda la posesión de las acciones, el acreedor pignoraticio tiene el deber de facilitar a aquél el ejercicio del derecho de voto, cumpliendo los preceptos estatutarios que exijan el depósito previo de las acciones como requisito para la asistencia a la junta (2).

#### 14. Terminamos este estudio destacando el hecho de que la junta

1932, núm. 112. Véanse, además, Düringer-Hachenburg: Ob. cit., art. 252, núm. 8. Jacobi: "Die Wertpapiere", en el *Handbuch des Handelsrechts*, de Ehrenberg, t. IV-I, página 472. Thaler: *Droit Commercial*, 8.<sup>a</sup> ed., t. I, núm. 686. Lyon-Caen y Renadio: Ob. cit., t. II-2, núm. 845.

(1) Véanse, entre otros muchos, K. Lehmann: "Beitrag zur Lehre von den Erwerbsgründen des Aktienrechts", en la *Zeitschrift für Handelsrecht*, t. 51, págs. 402. Staub-Pinner: Ob. cit., art. 252, núm. 6. Weider: *Niessbrauch an Aktien*, 1925, página 57. Dernburg: *Bürgerliches Recht*, 4.<sup>a</sup> ed., III, págs. 637.

(2) Así, Staub-Pinner: Ob. cit., art. 252, núm. 5. K. Lehmann: Ob. cit., página 398. Düringer-Hachenburg. Ob. cit., art. 252, núm. 7. Hay que consignar, sin embargo, que el nuevo Código civil italiano (art. 2.352) declara expresamente que, salvo convención en contrario, el derecho de voto corresponde, en caso de prenda o de usufructo de las acciones, al acreedor pignoraticio o al usufructuario.

general de accionistas continúa siendo el instrumento que permite la intervención del accionista en la gestión de los asuntos sociales. Ello justifica sobradamente que en un momento de crisis como el que atraviesa la vigente regulación legal de las sociedades anónimas en España, hayamos detenido nuestra atención en el estudio del derecho de voto de los accionistas, pues cualquiera que sea el sentido en que se oriente la reforma española no es probable que desaparezca el órgano deliberante de la sociedad anónima. Es cierto que la Declaración VIII del Fuero del Trabajo (al relegar el capital a la categoría de mero instrumento de la producción y al formular la doble afirmación de que la empresa debe ordenar los elementos que la integran en una jerarquía que subordine los de orden instrumental a los de categoría humana, y de que el jefe de la empresa asumirá por sí la dirección de la misma) no permite seguir concibiendo a la junta de accionistas al modo democrático de otros tiempos como órgano encarnador de poderes omnímodos y soberanos. Pero el inexcusable respeto a esa Declaración no impide que puedan conciliarse los más amplios poderes de la dirección de la sociedad con la existencia y el funcionamiento de la junta general de accionistas, en un régimen de facultades más equilibrado que el actual, que a la vez que disminuya la competencia de aquélla confiera a los administradores una mayor flexibilidad e independencia en la gestión de los asuntos sociales. El ejemplo de Alemania y de Italia es la mejor prueba de que la junta general de accionistas cumple todavía una función y de que las cuestiones estudiadas a lo largo de las anteriores páginas conservan vivo todo su interés en las más modernas ordenaciones legales de la sociedad anónima.

RODRIGO URÍA

Profesor Auxiliar de Derecho Mercantil de la  
Universidad Central

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

MANDATO.—NO PUEDE AMPLIARSE ÉSTE A CASOS DISTINTOS DE LOS COMPRENDIDOS EN LA ESCRITURA.—LA FIGURA JURÍDICA DENOMINADA AUTOCONTRATACIÓN O CONTRATACIÓN CONSIGO MISMO ES ADMISIBLE EN NUESTRO DERECHO.

*Resolución de 23 de enero de 1943. (B. O. de 16 de febrero).*

Por escritura otorgada el 24 de febrero de 1932 ante el Notario de Ramales D. Francisco Jesús Polo, D. Domingo y D. Ramón de la Maza confirieron a D. Manuel Balbuena, entre otras, las siguientes atribuciones: Comprar, vender y permutar bienes muebles o inmuebles, transigir acciones, derechos y deudas y otorgar las escrituras públicas o documentos privados que exija la naturaleza jurídica de los actos que realice.

En virtud del expresado poder, D. Manuel Balbuena, en nombre y representación de D. Domingo de la Maza, compró para este señor a doña Angela Gutiérrez Izquierdo, en escritura de 5 de marzo del indicado año, de la que dió fe el Notario de Sevilla D. Francisco Monedero, la nuda propiedad de dos casas sitas en dicha ciudad, calles de Santa Rufina y de las Doncellas, por el precio total y confesado de 41.000 pesetas, de las que corresponden 25 000 a la nuda propiedad de la primera de las fincas y 16.000 a la nuda propiedad de la segunda, primera copia de la cual fué inscrita en el Registro del Mediodía de Sevilla.

Por otra escritura autorizada por el mismo Notario el 7 de junio de 1935, los dos otorgantes de la anterior hicieron relación detallada

del contrato contenido en la misma y expresaron que en ésta se había padecido el error material de consignar que la venta de ambas fincas se efectuaba a favor de D. Domingo de la Maza, pero lo convenido y la realidad del contrato fué que doña Angela vendió a D. Domingo la nuda propiedad de la casa de la calle de Santa Rufina por el precio de 25.000 pesetas y a D. Ramón la nuda propiedad de la casa de la calle de las Doncellas por el de 16.000 pesetas, cantidades que recibió la vendedora de D. Manuel Balbuena, pero no ambas en representación de D. Domingo, sino, respectivamente, de este señor y de D. Ramón de la Maza, cuyo apoderamiento, según queda indicado, también ostentaba; que en tal sentido rectificaban la primera escritura, dejando subsistente en todas sus partes la venta y la inscripción consiguiente de la nuda propiedad de la casa de la calle de Santa Rufina á favor de don Domingo y que consentían que la casa de la calle de las Doncellas se entendiera transmitida a favor de D. Ramón, como si no se hubiese padecido el error material, solicitando el Registrador de la Propiedad la cancelación e inscripción procedentes; que el apoderado D. Manuel ejercitando las facultades especiales para realizar actos y contratos de riguroso dominio que le estaban atribuidas por D. Domingo, consintió en nombre de éste la expresada cancelación, para que la nuda propiedad de la casa de la calle de las Doncellas pudiera ser inscrita a favor de D. Ramón, y que, en nombre de éste, aceptó la venta a su favor, con retroacción de todos sus efectos al día 5 de marzo de 1932, sin que hubiera necesidad de practicar liquidación alguna por la subsistencia del usufructo y porque los gastos fueron satisfechos por los interesados en la parte correspondiente a cada uno.

La primera copia de la escritura de rectificación, después de haber consignado la Oficina Liquidadora de Sevilla que el documento no está sujeto al impuesto de Derechos reales, se presentó en el citado Registro, y a continuación de la misma se extendió la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos: primero, por no ser bastante el poder que se inserta para proceder por D. Manuel Balbuena a la rectificación de la inscripción solicitada, y segundo, porque aun en el caso de que dicho poder se estimare suficiente para tal operación, tampoco procedería la rectificación, por concurrir dicho apoderado en nombre de los dos interesados en la rectificación, D. Domingo y D. Ramón de la Maza, los cuales deben prestar su consentimiento en forma auténtica."

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura para que se declarase que la misma se halla extendida con arreglo a las formalidades legales, la Dirección, manteniendo en el fondo el auto apelado en cuanto desestima aquél, pero contrariamente a dicho auto, que confirmó el segundo extremo de la nota y revocó el primero, manifiesta, en cuanto al primer defecto, que, según tiene reiteradamente dicho, aunque la extensión del poder es un problema de interpretación de voluntad, el mandato, en principio, no puede ampliarse a casos distintos de los comprendidos en su texto, singularmente cuando el acto de gestión tiende a cancelar o anular situaciones legítimas creadas en el Registro de la Propiedad o a disminuir el patrimonio del poderdante, porque de otro modo sería fácil ocasionar perjuicios a quienes se valen de la confianza en otras personas para llevar a cabo sus propósitos, y no se daña la sustitución real y efectiva de la voluntad del representado por las declaraciones del representante, en que se funda la técnica del apoderamiento; no siendo, por consiguiente, posible legitimar la ampliación del mandato otorgado por D. Domingo y D. Ramón de la Maza a favor de D. Manuel Balbuena, en que se faculta a éste para ejercitar las atribuciones detalladas en las transcritas cláusulas, hasta el extremo de reputarlas suficientes para variar en lo esencial y dejar parcialmente sin efecto, después de tres años de celebrado, un contrato ya consumado de compraventa de dos edificios transferidos en nuda propiedad a D. Domingo, por sendos precios recibidos del mismo, y que fué inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad, y para separar una de las fincas vendidas del patrimonio de uno de los poderdantes que, según declaración de la vendedora, había cumplido sus obligaciones, y adjudicarla al otro, que en la primera escritura no aparecía como comprador ni había entregado la parte de precio correspondiente, sin más apoyos de tal proceder que la afirmación de haberse incurrido en error respecto al adquirente.

Y respecto al segundo efecto, que de los preceptos legales citados, de los principios generales del Derecho y de la doctrina establecida en las Resoluciones de 29 de diciembre de 1922 y 30 de mayo de 1930 se infiere que la figura jurídica denominada autocontratación o contratación consigo mismo, referida a especial al caso más corriente y menos peligroso en la práctica de que un mandatario celebre un contrato entre dos o más personas representadas la vez por él, aunque no esté regulada, ni siquiera mencionada, en nuestro Código civil, es admisible

cuando el poderdante concede al apoderado las facultades necesarias, con la vista puesta en el posible conflicto de intereses, o cuando no pueda surgir éste al determinar el contenido del contrato, por lo cual si los mandantes, una vez reconocida la existencia del error, hubiesen conferido al mandatario poderes adecuados a la índole del negocio, no sería obstáculo a la inscripción el extremo de la nota calificadora que subsidiariamente niega eficacia al título por el hecho de la conjunta representación de ambos mandantes.

\* \* \*

Con habilidad y destreza impugnó el Notario la nota del Registrador. Hasta con exceso, a nuestro juicio, en la apelación, insistiendo en querer sacar partido de la declaración de exención del impuesto de Derechos reales consignada por la Abogacía del Estado en el documento de rectificación, para deducir que no había habido nueva transmisión: argumento del que se ocupó, en ajustada réplica, uno de los considerandos de la Resolución extractada, que antes omitimos expresivo de que, si bien la calificación fiscal y la hipotecaria están estrechamente relacionadas, cada una se desenvuelve en un ámbito distinto, y la primera, según el artículo 41 del Reglamento del Impuesto, es independiente de los defectos intrínsecos y extrínsecos del título.

Estimamos muy inteligente su apreciación en cuanto a que, si el mandatario estaba expresamente facultado para comprar, vender, permutar y transigir, el acto de solicitar la cancelación de una inscripción, aunque se equipare a una enajenación y no se considere comprendido en una incidencia del contrato de compraventa, es implícito en la cláusula que autoriza para comprar y vender, por lo que estaba cumplido el párrafo 2.º del artículo 1.713 del Código Civil.

Más lógico, y secuela, además, del mandato, hubiera parecido conceptuar la cancelación como un incidente de contrato de compraventa, para el que el mandatario estaba facultado. Pero esta más fácil interpretación acaso hubiera chocado con lo declarado por el Centro directivo en su notable Resolución de 18 de mayo de 1933—en que tan precisamente se delimitan la representación y el mandato, tan estudiados en la doctrina extranjera a partir de aband. como en la patria, entre otros, por los profesores Traviesas y Bonet, y cuyo desenvolvimiento práctico ha tenido su exposición en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1942—, la cual—la Resolución citada—

dice que no corresponde derecho alguno de gestión en las relaciones jurídicas nacidas de determinados contratos, como el de compraventa, por ejemplo.

De las alegaciones del Registrador sobresale la de que el mandatario, al hacer la rectificación y solicitar la cancelación del asiento, priva a uno de sus representados, al primero o único comprador, D. Domingo de la Maza, de un derecho para cederse al otro, lo que trae como consecuencia una evidente contradicción de intereses entre ambos, siendo por ello por lo que nuestros Códigos civil y de Comercio rechazan el que se concentre la representación de dos patrimonios en una sola persona, lo cual ratifica la Dirección en sus decisiones de 29 de diciembre de 1922 y 30 de mayo de 1930.

Sobradamente conocidas son tan brillantes Resoluciones para traer a estas notas una nueva exégesis de ellas, sobre todo después del último de los considerandos transcritos, que penetra hasta lo más íntimo y desenvuelve en impecable estilo y forma la intencionalidad que las animara.

#### CANCELACIONES.—APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 82 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 150 DE SU REGLAMENTO.

*Resolución de 26 enero de 1943. (B. O. de 20 de febrero.)*

En 5 de abril de 1911 se otorgó escritura ante el Notario de Sevilla D. Eduardo Badía, por la que doña María de los Dolores Bocanegra se obligó a entregar a su hijo D. Emilio Alavedra Bocanegra, Teniente médico, determinada renta o producto líquido de los bienes que le correspondían como heredero de su padre y otra suma igual por cuenta de la suya propia o materna, estipulándose que en el caso de ascender a Capitán cesarían todos los efectos del contrato, reduciéndose proporcionalmente las obligaciones de pago y pudiendo cancelarse la hipoteca que luego se dirá, así que empezase a percibir el sueldo de su nuevo empleo, aumentándose, por el contrario, la cantidad ofrecida como anticipo de legítima si, llegada la fecha de 1 de abril de 1914, D. Emilio aún no hubiese ascendido, prorrogándose la administración de los bienes hereditarios que desempeñaba su madre, la cual, en garantía de lo relacionado, o sea por 3.600 pesetas anuales de pago de pensión y 1.200

calculadas para gastos y costas, impuso hipoteca sobre la casa número 26 de la calle de Jerónimo Hernández, de Sevilla, a favor de D. Emilio, como acreedor, si bien se consignó que no podría ser cancelada "sin orden de la competente autoridad militar".

Rechazada la referida hipoteca por el Consejo Supremo de Guerra y Marina, doña María de los Dolores otorgó otra escritura ante el mismo Notario Sr. Badía, el 13 de noviembre de 1911, por la que asignó a su hijo una renta de 1.200 pesetas al año, a partir de 1.<sup>º</sup> de diciembre de 1911, hasta que ascendiera a Capitán y empezara a cobrar la correspondiente paga, mitad por los bienes propios de él y mitad como anticipo de herencia materna, hipotecando en garantía de dicha renta y de 2.200 pesetas para costas y gastos la citada casa, haciendo constar que la hipoteca se imponía en sustitución de la antes reseñada, la cual quedaba sin efecto, y que se constituía a favor del Consejo Supremo de Guerra y Marina y no podría ser cancelada sino en virtud de orden expresa del mismo Consejo.

Mediante escritura, de la cual dió fe en Sevilla, el 4 de diciembre de 1935, el Notario D. José Gastalver, fué vendida la indicada casa por D. Marcos Alavedra, como apoderado de su madre doña María de los Dolores, a D. Arturo Sanmartín. En tal escritura se transcribió un certificado de cargas de la finca, entre las cuales aparecen las dos expresadas hipotecas, figurando en el mismo documento la siguiente cláusula, relativa a ambos gravámenes, que habían sido oportunamente inscritos: "Hacen constar los comparecientes, respecto de las cargas de que se habla bajo la letra A), que, promulgada la Ley de 18 de septiembre de 1931 facultando a los militares para contraer matrimonio libremente, no tienen hoy ningún valor real, y, conforme al artículo 150 del Reglamento hipotecario, la vendedora solicita la cancelación en el Registro de la Propiedad."

Presentada la primera copia de la escritura de compraventa, en unión de la de hipoteca de 5 de abril de 1911, en el Registro del Norte de Sevilla, se extendió por el titular la siguiente nota: "Inscrito el precedente documento en cuanto a la venta que comprende, No admitida la inscripción en cuanto a la cancelación de las hipotecas relacionadas en el apartado A) del epígrafe "Cargas", por no ser aplicable el artículo 150 del Reglamento, ya que en la Ley de 18 de diciembre de 1931 no se declaran extinguidos los derechos inscritos."

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura de

compraventa, la Dirección, con revocación del auto del Presidente de la Audiencia, ha declarado no estar dicha escritura extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, porque las hipotecas constituidas para garantizar pensiones o entregas periódicas que cubran la diferencia entre los haberes de un Oficial subalterno y la paga correspondiente a un Capitán del Ejército con el objeto de poder celebrar matrimonio, tenían características que las separaban de las hipotecas de tipo ordinario y aun de las llamadas de seguridad, en cuanto, por un lado, se hallaban subordinadas al ascenso, muerte, viudez sin hijos, sustitución de garantía y pérdida o abandono de la profesión militar, y, por otra parte, quedaban fuera del comercio en virtud de una especie de prohibición de disponer que sólo podía ser levantada por autorización del Consejo Supremo de Guerra y Marina, con arreglo a lo prescrito en el Real decreto de 27 de diciembre de 1901 y en la Real orden de 21 de enero de 1902, disposiciones que adquirieron fuerza de ley en virtud de lo preceptuado en la de 15 de mayo de 1902, y que, además, fueron declaradas subsistentes por otra Ley de 9 de enero de 1908.

Que la primera de las hipotecas a que se refiere el certificado del Registrador de la Propiedad transcrita en la escritura origen de este recurso, por no haber sido aceptada en su día por el Consejo Supremo de Guerra y Marina y haber sido anulada, o más bien sustituida, por la que aparece todavía vigente, ha de correr la suerte de ésta y no merece discusión especial.

Y que los razonamientos desenvueltos por el Notario autorizante sobre la caducidad de esta última hipoteca por razón del tiempo transcurrido, de la derogación de las disposiciones reguladoras del matrimonio de oficiales subalternos y de la supresión del Consejo Supremo de Guerra y Marina, aun en el supuesto de que respondan a la realidad jurídica, no se ajustan a los requisitos que para la cancelación exigen los artículos 82 de la ley Hipotecaria y 150 de su Reglamento, toda vez que se prescinde de la autorización que por ministerio de la ley había de conceder el suprimido Consejo de Guerra y Marina, cuyas atribuciones corresponden hoy al Consejo Supremo de Justicia Militar, según declaró taxativamente el artículo 1.<sup>o</sup> de la Ley de 5 de septiembre de 1939.

EN LAS ISLAS BALEARES, DESPUÉS DE LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, ¿TIENE ÉSTE LA CATEGORÍA DE DERECHO SUPLETORIO, POR VIRTUD DEL ARTÍCULO 13 DEL MISMO CUERPO LEGAL, O, POR EL CONTRARIO, SE APLICA EL DERECHO ROMANO?

*Resolución de 26 de diciembre de 1942. (B. O. de 18 enero 1943.)*

Don Juan Bosch Montaner falleció en estado de soltero y sin herederos forzosos, el 13 de febrero de 1938, bajo testamento otorgado el 12 de diciembre de 1925, ante el Notario de Manacor D. Tomás Sastre Gamundi, en el cual instituyó heredero en plena propiedad y libre disposición a sus amigos D. Juan Llull Nevot y D. Juan Roselló Grimalt. Asignó, además, al primero, entre otros bienes, una tierra en el distrito de Sonllunas, conocida por la Clova, valorada en 1.678 pesetas, y un crédito hipotecario de 1.000 pesetas de capital al 6 por 100 de interés anual, y al segundo, otros bienes. Y dispuso que el remanente de su patrimonio no especificado se distribuya por partes iguales entre los dos herederos propietarios, sustituyendo simple o vulgarmente a todos los instituidos por sus descendientes respectivos, por estirpes.

Mediante escritura autorizada por el mismo Notario el 22 de junio de 1938, D. Juan Roselló aceptó la herencia de dicho causante; relacionó como bienes de la misma dos inmuebles asignados al otorgante, y, además, con los números 3.<sup>º</sup> y 4.<sup>º</sup>, la finca y el crédito hipotecario asignados a D. Juan Llull, e hizo constar en dicha escritura que éste premurió al causante, sin sucesión, por lo que su parte acreció al otorgante como único coheredero.

Presentado dicho documento en el Registro de Manacor, se extendió a continuación del mismo la siguiente nota: "Inscrito el documento precedente en cuanto a las dos primeras fincas que en él se describen. No se admite la inscripción de la descrita en tercer lugar, ni tampoco de la hipoteca señalada con el número 4.<sup>º</sup> de orden, porque habiendo fallecido antes que el testador D. Juan Llull, que había de heredarlas, no por ello adquiere el derecho de acrecer D. Juan Roselló, sino que corresponderán tales bienes a los herederos ab-intestato de D. Juan Bosch, o, en su defecto, al Estado. Y no pareciendo subsanable esta falta, tampoco procede la anotación preventiva."

Por otra escritura, de la que dió fe el mismo Notario el 15 de marzo

de 1939, D. Juan Roselló hizo las aclaraciones que creyó oportunas en orden al contenido de la anterior y la legislación aplicable a la sucesión de D. Juan Bosch, e interesó que el Registrador precisara, en vista de ello, si rectificaba o ratificaba la calificación, por lo que este funcionario consignó otra nota expresiva de la ratificación de la anterior, por subsistir idénticos motivos.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante en súplica de que se declarase extendida la escritura de 22 de junio de 1938 con arreglo a las formalidades legales, la Dirección, confirmando el auto del Presidente de la Audiencia, que revocó la nota del Registrador, ha declarado:

Que sin necesidad de volver sobre el discutido problema de si el Derecho romano, después de la publicación del Código civil, tiene la categoría de Derecho supletorio en las islas Baleares, o si, por el contrario, ha de aplicarse el artículo 13 del mismo cuerpo legal, basta examinar, para la decisión de este recurso, dado el paralelismo existente entre algunas instituciones romanas y las de nuestro Derecho común, si en la herencia en cuestión obsta al mecanismo del derecho de acrecer la distribución entre los llamados de algunos bienes.

Que el causante, en su testamento, instituyó universales herederos, en propiedad plena y de libre disposición, a sus dos nombrados amigos, con lo cual expresó claramente su voluntad de hacer un llamamiento universal a favor de los mismos en la totalidad de los bienes integrantes de la herencia.

Que las circunstancias de que el causante haya usado de la facultad, legalmente reconocida, de asignar a los dos herederos algunos bienes determinados, y que haya dispuesto que el remanente no especificado se partiese por iguales partes entre ambos, no impiden la aplicación del derecho de acrecer, de carácter voluntario en nuestra legislación histórica a partir del Ordenamiento de Alcalá, porque, aparte de que el testamento, ley fundamental de la sucesión, debe interpretarse de manera sistemática, poniendo en relación unas cláusulas con otras para explicar o deducir la verdadera intención del *de cuius*, existen en el caso actual: primero, la conjunción de dos personas llamadas a una misma herencia; segundo, la premoriencia de una de ellas al causante, y tercero, una sustitución vulgar que no tuvo efectividad, con lo cual quedó vacante la parte correspondiente al premuerto, en la que se comprendían tanto los bienes "del remanente" como los especialmente asignados por el testador, toda vez que, según el párrafo 2.º del artículo 983 del CÓ-

digo civil, la frase "por mitad" no excluye el derecho de acrecer, y, a tenor del artículo 888, cuando el legatario no pueda aceptar el legado, se refundirá éste en la masa hereditaria.

Qué a la misma conclusión se llegaría si se admitiese la vigencia del Derecho romano, porque, conforme al Fr. 7.<sup>o</sup> del título XVII del libro 50 del Digesto, sea o no interpolado, y al principio tradicionalmente admitido para los no militares, *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, cuando se producía una insuficiencia testamentaria por no disposición de la totalidad del haber o por vacante de parte de éste, no entraban en la herencia los herederos abintestato, sino que se originaba una extensión o prolongación de la titularidad hereditaria, que forzosamente eliminaba la posibilidad de la sucesión legítima, porque el título de heredero, de un lado, debía ser único en su origen, y, de otro, tenía tal fuerza expansiva que abarcaba el patrimonio relictio, y en cuanto se refiere al llamamiento *ex aequis portionibus*, no era obstáculo para la admisión del derecho de acrecer.

Que en el caso del recurso, además de lo expuesto, procede mantener la decisión presidencial, porque la solución favorable a la unidad del título sucesorio es la más ajustada a la voluntad del testador.

\* \* \*

Fiel el Centro directivo a su norma de no hacer declaraciones, que deja reservadas al Supremo Tribunal, quedan en la resolución extractada incontestadas las palabras del encabezamiento. Cita, no obstante, varias sentencias de aquél, algunas de las cuales, como la de 8 de mayo de 1925, manifiesta de manera expresa que el Derecho romano está viviente en Mallorca como legislación foral supletoria, conforme a los artículos 12 y 13 del Código civil. Otras, como las de 28 de diciembre de 1923 y 10 de marzo de 1932, tácitamente presuponen la aplicación de dicha legislación romana como supletoria.

Y si todos los considerandos copiados son dignos de mención, el penúltimo de ellos, además, es una concreción preciosa del Derecho romano.

Expuso el Registrador en su informe que en dicha legislación, para que existiese el derecho de acrecer, era preciso que el heredero hubiese sido llamado a la misma herencia o a una misma porción de ella con otras personas, siendo así que en el caso del recurso los herederos no

participaban de la misma porción de la herencia, sino de bienes especialmente asignados a cada uno.

Pero, como dice Sohm, todo heredero testamentario, aunque sólo se le instituya en parte de la herencia, se entiende por principio instaurado en su totalidad y la adquiere por entero. El heredero limitado a ciertos bienes concretos—*heres ex re certa*—considérase también heredero universal—la *institutio ex re certa* se omite así, por estimarse una contradicción lógica—, y obtiene toda la herencia, o una parte alícuota si con él concurren otros herederos.

**APLICACIÓN A LOS LEGADOS DE LOS ARTÍCULOS 783 Y 785, NÚMERO 1.º, DEL CÓDIGO CIVIL.—LOS ACTOS QUE TIENDAN A MODIFICAR LAS ENTIDADES HIPOTECARIAS O FINCAS MEDIANTE SEGREGACIONES O AGRUPACIONES, SON DE RIGUROSO DOMINIO.**

*Resolución de 19 de diciembre de 1942. (B. O. de 18 enero 1943.)*

En escritura de la cual dió fe el 4 de marzo de 1940 el Notario de Granada D. Antonio García Trevijano, comparecieron D. Eduardo López de Hierro y Martín Montijano, como mandatario especial de su esposa, doña María del Mar Marín y Torre, y D. Eduardo López de Hierro y Marín, por su propio derecho, e hicieron constar que a la mandante y al segundo compareciente les pertenece, respectivamente, el usufructo vitalicio y la nuda propiedad de una finca formada por una casa sita en la calle Real, de Armilla, y dos marjales de tierra calma de riego, sitos en esta calle; que en la misma escritura efectuaron la división material del inmueble y segregaron la casa y un marjal, y que cada uno vendió su respectivo derecho en la finca segregada a D. Francisco Segovia López, por el precio de 3.000 pesetas.

En el poder especial que utilizó el Sr. López de Hierro y Martín Montijano, otorgado el 23 de enero de 1940 ante el Notario de Madrid D. Arturo Pulín, doña María del Mar facultó a su esposo para vender la casa y los marjales de tierra referidos, por el precio y con las condiciones que estimase convenientes, obligándose a tener “por firme y válido lo que en virtud de las atribuciones concedidas y sus consecuencias, incidentes y anexos hiciere el mandatario.”

La finca total la adquirieron los vendedores por adjudicación en pago de parte del legado del tercio de libre disposición hecha en la par-

tición de bienes relictos al fallecimiento de su padre y abuelo D. Andrés Marín Montes, protocolizada debidamente; dicha adjudicación se efectuó con arreglo a lo dispuesto por el causante en su testamento, del que se transcriben las siguientes cláusulas: "5.<sup>a</sup> Lega en usufructo vitalicio a su hija doña María del Mar Marín Torres, y en nuda propiedad a su nieto D. Eduardo López de Hierro y Marín, el tercio de sus bienes de libre disposición, quedando éste facultado para elegir las fincas que hubieran de adjudicársele en pago de dicho tercio. 6.<sup>a</sup> Lega asimismo a su expresada hija el usufructo, y a su nieta doña María Matilde López de Hierro y Marín en nuda propiedad, el tercio de mejora de sus bienes, disponiendo *que si alguno de sus dos referidos nietos falleciera sin dejar sucesión, los bienes que hubieran adquirido por virtud del legado pasarán a su otro hermano.*"

Por escritura autorizada en Sevilla, el 7 de febrero de 1940, por el Notario D. Rafael González Palomino, doña María Matilde López de Hierro Marín renunció a favor de su otro hermano D. Eduardo los derechos que en virtud del referido testamento le puedan corresponder sobre el citado inmueble, al efecto de que pueda disponer del pleno dominio del mismo en la forma que tenga por conveniente.

Presentada la escritura de venta, con las complementarias, en el Registro de la Propiedad de Granada, se puso por el Registrador la siguiente nota: "No admitida la inscripción del precedente documento por observarse los defectos siguientes: 1.<sup>º</sup> El poder conferido por la vendedora a favor de su esposo no es bastante para hacer segregaciones y divisiones de fincas. 2.<sup>º</sup> La nuda propiedad que enajena D. Eduardo López de Hierro y Marín, con arreglo a lo dispuesto por su abuelo don Andrés Marín Montes en su testamento, deberá pasar, por fallecimiento de aquél, a sus descendientes, y en defecto de ellos, a su hermana doña María Matilde López de Hierro y Marín, por lo cual la renuncia hecha por esta señora no convierte la venta realizada. Y no apareciendo subsanable el 2.<sup>º</sup> de dichos defectos, no es admisible tampoco la anotación preventiva."

Interpuesto recurso por los Sres. López de Hierro, la Dirección, revocando la nota recurrida y el auto del Presidente de la Audiencia, que la había confirmado, ha declarado, en cuanto al primer defecto, que si bien en principio los actos que tiendan a modificar las entidades hipotecarias o fincas mediante segregaciones o agrupaciones son de riguroso dominio, es necesario tener presente, en el caso discutido, que el con-

texto de la escritura de poder, dado que la palabra "condiciones" que emplea lo es en su acepción vulgar, como sinónima de bases u operaciones con arreglo a las cuales podría realizarse la venta, y entre las que se encuentra como previa la segregación para el caso de que se enajenase una parte de la finca tan sólo: que este razonamiento se confirma por las palabras todas, que ponen de manifiesto las amplias facultades atribuidas por el mandante de atenerse "a las consecuencias, incidentes y anexos realizados por el mandatario", y que a todo ello se une el ser dicho mandatario marido de la señora que otorgó el poder, lo que hace lícito presumir se hallaba autorizado con la confianza y extensión que presupone la existencia del vínculo marital y con la natural amplitud que al marido, apoderado en forma auténtica, corresponde corrientemente, no sólo como jefe de la sociedad conyugal y representante legal de su mujer, sino como mandatario que se halla en relación íntima con su mandante y de quien puede recibir constantemente instrucciones.

Respecto al segundo defecto, declaró el Centro directivo que la cláusula del testamento de D. Andrés Marín Montes, en cuya virtud "si alguno de sus dos referidos nietos falleciere sin dejar sucesión los bienes que hubieran adquirido por virtud de legado pasarán a su otro hermano", no implica una sustitución fideicomisaria en favor de los hijos que el mismo legatario pudiera tener: 1.<sup>º</sup> Porque la regla *positus in conditioni, positus in substitutioni*, ni se ha admitido como general en el Derecho común castellano, ni responde a una presunción incontrovertible de que la persona designada al fijar la condición deba ser repartida sucesora directa del testador; y 2.<sup>º</sup> Porque los argumentos que en el presente caso podrían alegarse respecto a la exigencia al legatario de la conservación y transmisión a sus hijos de los bienes legados, no se concilian con los artículos 783 y 785, número 1.<sup>º</sup>, del Código civil, a cuyo tenor, para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos, y no surtirán efecto los que se hagan sin darles tal nombre y sin imponer al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero.

Que del estudio de la cláusula testamentaria tampoco se infiere la existencia de una prohibición expresa de enajenar, el alcance de cuya omisión no pudo desconocer el causante, dada su cualidad de Abogado; y, según tiene reiteradamente declarado este Centro directivo, las cuestiones dudosas deben resolverse en el sentido más favorable a la libertad del dominio.

Y que el segundo extremo de la nota recurrida, sin plantear directa y generalmente el problema de la forma y efecto de la purificación del fideicomiso condicional por la mera renuncia del fideicomisario, se limita a poner de relieve la necesidad de que los derechos de los descendientes de las personas llamadas nominalmente a la herencia no sean lesionados, por lo que esta resolución debe enfocar tan sólo el indicado aspecto y desestimar la calificación del Registrador en los términos en que se halla concebida.

\* \* \*

Adujo el Registrador en su informe que el testador impuso al legatario la obligación de conservar los bienes integrantes del legado, ya en nuda propiedad, ya en pleno dominio, primero, para sus hijos, y, a falta de ellos, para su hermano, sin facultarle en ningún caso para la enajenación, que prohíbe de una manera indirecta al disponer sucesivamente de los mismos, según se ha dicho.

Y prescindiendo del problema de la forma y efecto de la jurificación del fideicomiso condicional por la mera renuncia del fideicomisario, que señala el último considerando, otro muy interesante se plantea referente a los legados condicionales, y más concretamente a los legados de usufructo.

Sobradamente conocida es la parquedad de los Códigos latinos en la reglamentación del legado. Pero el francés y el italiano, inspiradores del nuestro, tan reacios a la admisión de las sustituciones fideicomisarias, admiten, sin embargo, el legado de usufructo, bien de una forma oblicua, a través de dicha sustitución, como el francés, bien directamente, en el artículo 764, el italiano, al permitir instituir legatarios o herederos a los hijos de una persona que viva en la época de la muerte del testador.

Nuestro Código civil, al exponer el concepto de usufructo o generalizar sobre el mismo, mejor, expresa la posibilidad de constituir usufructos a favor de una o varias personas simultánea o sucesivamente (artículo 469). El Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de mayo de 1894, ha declarado que la constitución de tales usufructos ha de regularse conforme al artículo 781 del citado cuerpo legal. Criterio éste, al parecer, del Centro directivo.

Pero, como dice Venezian, las diferencias entre el legado de usufructo y la sustitución fideicomisaria, que él tan magistralmente expone,

quizá no aparezcan claras en la mente de quien desea distribuir en períodos sucesivos de tiempo la utilidad de los bienes que ha de dejar al morir a beneficio de diversas personas, como también es muy posible que la manifestación equívoca de voluntad no exprese más que una voluntad incierta.

Por otra parte, tanto por el recurrente como por el Notario informante, se opuso al Registrador que en todo caso el contrato sería perfectamente válido y eficaz, aunque afecto a una condición resolutoria, siendo de aplicación entonces el artículo 109 de la ley Hipotecaria, por lo que el legatario podría disponer de los bienes conforme al mismo.

Precisamente del reconocimiento del término cierto inicial y final en materia de legados procede la justificación de las interpretaciones que restringen la prohibición de las sustituciones fideicomisarias.

Brezzo encuentra difícil, aunque no imposible, distinguir las sustituciones fideicomisarias del legado a término, aunque no señala ni someramente los criterios que deberían emplearse para esta distinción.

Laurent encuentra entre el legado a término y la sustitución fideicomisaria estas diferencias: que la sustitución implica una doble vocación; que, por tanto, al fideicomisario no se le llama directamente, sino por medio del fiduciario, y que la delación del legado a término ocurre a la muerte del disponente, de suerte que si el legatario muere antes del término, transmite sus derechos a los herederos.

Pero todo ello es falaz, porque, como dice Venezian, la transmitibilidad a los herederos no puede constituir una característica para distinguir el legado a término de la sustitución en el legado, porque la sustitución fideicomisaria no está necesariamente subordinada a la supervivencia del sustituto, y no quedaría menos prohibida si se dispusiere que no caducara porque el sustituto premuriese al hecho de la sustitución.

Por ello, el significado de "sustitución fideicomisaria" se extendió con frecuencia a las restituciones después de un término cierto; véase, por ejemplo, Menochio y Mantica y el Código austriaco, que llama sustitución fideicomisaria a la imposición al primer llamado de la obligación de restituir después de la muerte "o en otros casos determinados".

Mucho se ha escrito, tanto en Derecho patrio como extranjero, sobre los efectos de las condiciones suspensivas y resolutorias, y no es oportuno en estas breves notas traer a colación sus efectos, tal como el Notario autorizante y el recurrente pretendían. También de ello se des-

entiende el Centro directivo, cuyos últimos considerandos, arriba copiados, se nos aparecen tan matizados de sustancia jurídica, tan plenos de sugerencias.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de noviembre de 1914, distingue el fideicomiso del legado condicional. Aquél presupone, dice —sea puro, condicional o a término—, la obligación, carga o gravamen que el fideicomitente impone al fiduciario de restituir los bienes o cosas que lo constituyen a una tercera persona, o sea al fideicomisario. El legado condicional limita tan sólo al legatario la facultad de disponer de los bienes en el caso de ocurrir el acontecimiento puesto por condición.

Y ahora, finalmente, tenemos entendido que está pendiente de resolución de dicho Alto Tribunal esta árdua y debatida cuestión de la diferenciación de la sustitución fideicomisaria y el legado a término.

G. CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## I. — DERECHO CIVIL

SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1942.—*Jurisprudencia como fuente de derecho: ley de Mostrencos y el régimen foral de Navarra.*

"Toda la argumentación de la sentencia de instancia que a casación se trae descansa sobre el hecho de que la dictada por el Tribunal en 11 de julio de 1936, al establecer la subsistencia del régimen foral navarro con llamamiento a la sucesión de colaterales más allá del cuarto grado, "ha roto la unidad de doctrina que otorga a la jurisprudencia valor y eficacia de regla de derecho"; aunque cuide de advertir que sin esa unidad "se hallan en grave riesgo la conformidad y el acierto de las resoluciones de los Tribunales de instancia.

Cierto como es el hecho, y cierto también que ése es el valor de la norma jurisprudencial, cuando cumple su función interpretativa, y ése el riesgo de un cambio de criterio, no puede prescindirse, precisamente por eso, de la singularidad de los casos en que se establece; porque es notorio que para juzgar del alcance de las resoluciones, cualesquiera que sean, es preciso, ante todo, determinar la identidad o diversidad de los hechos y aun de las situaciones que les sirven de base, acomodándose al principio de las cuales, "minima mutatio facti, mutat totum jus". Y siendo así, salta a la vista que inspirada en esencia la referida decisión del Tribunal Supremo, como claramente se advierte por la lectura del segundo de sus considerandos, en una orientación que trascendía del ámbito del Derecho privado, aunque en él se reflejasen sus consecuencias, no puede decirse que rectificase por errónea o exorbitante la doctrina mantenida en el decurso de varios lustros y reputada uniforme, aun señaladas algunas vacilaciones iniciales por sus mismos detractores, sino

que, acomodándose a una situación que reputó nueva, estimó que por la sola virtud de ésta habían desaparecido los fundamentos que el Tribunal Supremo había tenido hasta entonces en cuenta para mantener su posición, y sobre esa única base y en ese solo caso se desvió de su primitiva orientación, de modo que, aunque parezca paradójico, la doctrina de la sentencia que ahora se trae a capítulo, lejos de rectificar, ratificaba y confirmaba en el fondo lo establecido con anterioridad, si quiera se separase de ella por estimar que se había operado una mutación legislativa que por su alcance constitucional otorgaba a las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa en materia civil, y que por tal manera "se había creado una corriente jurídica que calificaba de diametralmente opuesta a la que había servido de fundamento a la jurisprudencia.

Es de toda evidencia, por lo expuesto, que la doctrina establecida a propósito del alcance general de la ley de Mostrencos, en el punto sometido a discusión, si cedió en ese caso por motivos que en nada contradecían su exactitud, como no es aplicable hoy a la región aragonesa, después de establecidas por su Apéndice unas normas específicas que distinguen la sucesión lineal de la troncal, para someter aquélla al régimen de la ley común y poner ésta al amparo de la foral, no puede decirse rectificada, a menos que fuese inequívoco su error, por la sola virtud de una aislada sentencia, que en puridad no la contradice; y por eso, precisamente en aras de la seguridad y certidumbre jurídicas, es obligatorio mantenerla, por lo cual, y atendidas obvias consideraciones, se deja abierto el camino al legislador para que, en cumplimiento de la suprema misión rectora que le está confiada, determine, como ya ha hecho respecto a alguna legislación foral y como puede hacerlo respecto de las demás que en mayor o menor medida subsisten, la extensión, cómo han de convivir, dentro de la superior unidad nacional, las legislaciones llamadas, acaso con poca propiedad en los términos, común y foral.

Por consecuencia de todo lo expuesto, ni puede decirse, con razón al menos, que la sentencia de 1936 contradiga la doctrina anterior, puesto que si llega a conclusión diferente es porque se basa en fundamento distinto, ni es dado por ello rectificar doctrina que primero con desviaciones, y desde hace muchos años de modo constante y reiterado, viene manteniendo este Tribunal, sin quebrantar el principio de certidumbre jurídica, ni, en definitiva, cabe sostener que otorgue exorbitan-

tante alcance a la ley de Mostrencos, ni que esté en oposición con las mismas disposiciones del Código civil, ni mucho menos que sea atentatorio al régimen familiar y sucesorio de las regiones forales, limitado como está su ámbito a determinar con generalidad para toda la nación el lugar que a la sucesión corresponde a todos los que la integran."

La sentencia del 30 de diciembre de 1942 confirma la doctrina de la del 19 del mismo mes.

#### SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1942.—*Arrendamiento.*

La sentencia del Tribunal Supremo sienta dos doctrinas:

1.<sup>a</sup> La cláusula, contenida en el contrato de arrendamiento, que obliga al arrendatario a realizar cuantas reparaciones necesitase la finca, no se extiende a la reparación de los daños producidos por un terremoto en las construcciones del inmueble, conforme se desprende del artículo 1.105 del Código civil.

2.<sup>a</sup> Si bien faltan en nuestro Código civil preceptos reguladores sobre las consecuencias que la imposibilidad parcial de utilización del inmueble, no imputable a los contratantes y posterior al nacimiento de la relación arrendaticia, produce en la vida de ésta, el criterio legal favorable a la subsistencia de la misma se revela en las reglas del artículo 1.558, de las cuales se infiere que aquel evento no produce la extinción del contrato contra la voluntad del arrendatario.

#### SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1942.—*Prescripción del derecho a anular un contrato usurario en la zona del Protectorado de Marruecos.*

Pues al paso que el Tribunal "a quo" afirma que la nulidad que en la usura se engendra constituye un supuesto de inexistencia, que cierra el paso a la prescripción, sostiene el recurrente que la acción está prescrita, aunque se apoya para sostenerlo así en los artículos 269 y 192 del Código del Protectorado, iguales, respectivamente, a los 1.301 y 1.930 del español. Mas al colocarse en estas antagónicas posiciones, no advierte el primero que el contrato de préstamo viciado por usura no puede reputarse inexistente con sujeción a aquel precepto, porque, en puridad, ni falta el consentimiento ni puede afirmarse que carezca de objeto, ni decirse tampoco que está carente de causa, aunque se halle viciada por la ilicitud, sino que es nulo por disposición de la ley, que

al mostrar cuál fué su designio no le privó totalmente de eficacia, sino que, por el contrario, señaló concretamente la que debía tener. Y por lo que al recurrente toca, si acertó al sostener que la acción impugnatoria es prescriptible, yerra al sostener que es aplicable la norma del artículo 269 del Código de Obligaciones de la zona, que copia la sentencia en el 1.301 del Civil español; porque cuando se observa que los contratos con causa torpe que esté del lado de un solo contratante no otorgan derecho a pedir el cumplimiento de lo que se hubiese ofrecido (art. 274, núm. 2.º del Código del Protectorado, igual al mismo número del 1.306 de nuestro Código), y que, en cambio, el artículo 428 de aquél, totalmente concordante con el artículo 3.º de la ley española contra la usura, impone al prestatario la obligación de entregar la suma recibida, siquiera en el evento de que se hubiese satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista habrá de devolver al prestatario lo que tomando en cuenta el total de lo percibido excede del capital prestado, es lógico concluir de esta marcadísima diferencia, precisamente establecida en materia de nulidad por causa torpe, que la norma de prescripción que el recurrente invoca en su apoyo no es la que conviene a la nulidad singular que es objeto de las disposiciones sobre usura, y que a falta de disposición expresa sobre el particular, la solución no ha de buscarse en el precepto especial del artículo 269, sino en la aplicación de la norma más amplia que, refiriéndose a la prescripción de las acciones personales no sujetas a término propio, establece el artículo 199 del mencionado Código.

#### SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1942.—*Alimentos legales.*

El Tribunal Supremo sienta en esta sentencia dos doctrinas:

1.ª La posibilidad del alimentista de alimentarse, obstáculo a su derecho a pedir alimentos, no ha de entenderse como mera capacidad o habilidad subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias, no existiendo dicha posibilidad si el paro forzoso la hace desaparecer en el caso concreto.

2.ª Los alimentos de hijos legítimos han de apreciarse según la posición social de la familia—en el caso de autos, la del padre—, con arreglo al artículo 142, párrafo 1.º del propio Código, debiendo estar en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quién los recibe, según el 146 del mismo.

SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1943.—*Prescripción de la "reivindicatio" de bienes desvinculados..*

Lo cierto es que si el ejercicio de las acciones reivindicatorias sobre bienes desvinculados pudo hacerse a partir del mencionado Decreto de 30 de agosto de 1836, que en último término derogó la Ley 45 de Toro sobre imprescriptibilidad de las acciones vinculares, los preceptos aplicables, aun en el supuesto de que la prescripción se hubiese consumado después de estar en vigor el Código civil, no serían, ciertamente, los contenidos en éste, como con tanta reiteración se ha sostenido, sino los de la ley de Partida, por la elemental razón de que una disposición específica, de marcado carácter transitorio, tal como el artículo 1.939 de nuestro primer Cuerpo legal sustantivo, previene de modo terminante que la prescripción comenzada antes de su entrada en vigor ha de regirse por las leyes anteriores; tema no suscitado en instancia ni en casación, pero de cuya solución precisa partir, porque es el juzgador quien, por imperio del principio "jura novit curia", ha de inquirir, con respeto absoluto para los hechos de que se parte y perfecta acomodación al plano en que los contendientes se situaron para discutirlos, cuál es la norma adecuada para regir y, en definitiva, resolver el problema que se plantea. Ya se parta para computar el plazo de prescripción de la fecha del Decreto de 30 de agosto de 1836, que es el momento inicial para el ejercicio de las acciones reivindicatorias, según la doctrina jurisprudencial a que se ha aludido, ya se reputé tal la de la sentencia que puso término definitivo al pleito de tenuta en 30 de noviembre de 1854, es notorio que a la fecha de interposición de la demanda había transcurrido, con mucho exceso, el plazo de treinta años establecido por la Ley 21, título 29, de la Partida 3.<sup>a</sup>.

SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1942. — *Hipoteca; consignación; enriquecimiento sin causa.*

I

- 1) La demandada, una Sociedad de seguros, había comprado durante la guerra civil una finca en zona roja, gravada con una hipoteca desde los tiempos anteriores a aquélla. El acreedor, el demandante, es-

tuvo durante la guerra civil en zona nacional, y, por tanto, ausente del lugar de pago. Por esta razón, la demandada, como "tercer poseedor" de la finca, procedió a la consignación ante los Tribunales marxistas.

2) En las instancias se discutió, entre otros problemas, la cuestión de si la consignación realizada ante Tribunales rojos era válida o nula, estableciendo la Audiencia Territorial de Barcelona la doctrina de que la sola circunstancia de haber sido tramitado el expediente de tramitación por un funcionario judicial extraño al Movimiento Nacional no basta, según la Ley de 8 de mayo de 1939, para determinar su nulidad.

3) El recurso de casación abandonó el mencionado problema, hecho de especial importancia para la recta interpretación de la sentencia de nuestro Supremo Tribunal. De sus cinco motivos, refiérense cuatro a la nulidad de la consignación: primero, por haberse depositado una cantidad menor que la debida, ya que la demandada había consignado sólo el importe de la hipoteca conforme estaba en el Registro de la Propiedad, mientras que dicho importe era superior, según el contrato de préstamo, y segundo, por faltar el anuncio de la consignación a las personas interesadas y la notificación después de hecha la consignación. El quinto motivo alega infracción del principio de que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro, lo que había ocurrido en el caso de autos, habida cuenta de la depreciación del dinero rojo depositado.

4) a) El Tribunal Supremo, enfrentándose, en primer lugar, con los primeros cuatro motivos, sienta la siguiente impecable doctrina:

1.º La inscripción de la hipoteca es constitutiva para la existencia de ésta (art. 1.875 del Código civil y arts. 146, y 159 de la ley Hipotecaria). Por tanto, la hipoteca existe sólo en las condiciones inscritas y no en condiciones diferentes (art. 145 de la ley Hipotecaria).

2.º La misma consecuencia se desprende del juego de la fe pública registral, ya que la demandada era "tercer hipotecario", presumiéndose la buena fe y debiéndose probar su ausencia, o por hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos, o por actos que haya realizado el mismo supuesto tercero.

En lo referente a la falta de anuncio y notificación, la sentencia dice lo que sigue: "Y no desconoce (la sentencia impugnada) tampoco la doctrina acerca de los requisitos de la consignación en pago, contenida en los artículos 1.176 al 1.178 del repetido Código, los cuales

quedaron cumplidos en el caso de autos, dentro del procedimiento judicial que se siguió y con aquellas modalidades especiales que imponía la circunstancia de la ausencia del acreedor, que, según la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1929, exime, aun no estando declarada oficialmente, de la necesidad del ofrecimiento de pago y del anuncio de la consignación".

b) En lo atañedero al enriquecimiento sin causa, el Tribunal Supremo dice lo que sigue: "No se da, en cambio, el requisito de la falta de causa o justificación, pues con razón la doctrina científica más autorizada viene sosteniendo que cuando el enriquecimiento se base en un acto del enriquecido mismo, sólo se dará la *condictio* cuando no compitiera a éste un derecho a la ejecución de ese acto; y esta tesis, cuidadosamente recogida por numerosas resoluciones de este Supremo Tribunal en las que se ha declarado que no hay enriquecimiento sin causa cuando la atribución patrimonial nace de un acto que es consecuencia de un derecho que se ejercita sin abuso, veda que se pueda conceptuar como injustificado el enriquecimiento que haya podido obtener la Empresa demandada, dedicada al ramo de seguros, al ejercitar el derecho que le competía normal y legalmente, y que entrañaba además una obligación, según la legislación especial a que está sometida esa clase de Empresas, de cancelar la carga hipotecaria que existía sobre el inmueble que había adquirido. En último término, el perjuicio que haya podido causar al recurrente la consignación en moneda depreciada no es imputable a la entidad recurrida, si no tiene por verdadera causa la inflación que se produjo durante la dominación roja, y esta clase de perjuicio sólo encuentra su remedio adecuado en las revalorizaciones previstas por las leyes especiales para casos taxativos y que no pueden ser objeto de ampliaciones extensivas como la que pretende hacer el recurrente; pues ello significaría olvidar que, como ha declarado esta Sala recientemente, los preceptos legales y jurisprudencia que regulan situaciones ordinarias de la vida contractual, sólo tienen su aplicación supletoria o complementaria de la legislación especial que rige las situaciones anormales derivadas de la guerra civil (sentencia de 15 de diciembre de 1942), y si se admitieren, mediante una interpretación forzada del artículo 1.753 del Código y de la regla del enriquecimiento torticero, nuevos casos de revalorización de la moneda roja no incluidos en el texto de la Ley de Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939, se iría abiertamente contra el espíritu de la misma, bien claramente ex-

presado en su preámbulo, que advierte que los pagos extintivos realizados bajo el dominio marxista sólo son revisables en determinados casos, en atención a que la plena revisión de dichos pagos, a trueque de tutelar intereses privados, sin duda respetables en principio, hubiera constituido una perturbación, que se ha querido evitar, en los intereses generales."

## II

La sentencia del Tribunal Supremo resuelve, según vimos, tres problemas: el hipotecario, el referente a ciertos defectos formales de la consignación, y el de saber si el pago hecho en dinero rojo produce un enriquecimiento sin causa del deudor. Las tres cuestiones reciben, en nuestro entender, una contestación acertada. El Tribunal Supremo no se plantea, en cambio, la magna pregunta—y no pudo planteársela conforme a nuestro sistema procesal—de si el deudor tuvo derecho a consignar en zona roja por estar el acreedor ausente en zona nacional; ni de si, en caso afirmativo, los tribunales rojos pudieron válidamente realizar este acto de jurisdicción voluntaria. Como ambos problemas disfrutan de palpitante actualidad, no será de más dedicarles unas breves palabras.

1.<sup>º</sup> *El derecho del deudor en zona roja a consignar, estando el acreedor en zona nacional.*—El derecho del deudor a consignar el objeto de su prestación supone: *a)*, la posibilidad de llevar a cabo la prestación debida, abstracción hecha de la falta de colaboración del acreedor; *b)*, una falta de colaboración del acreedor, imputable a éste.

*a).* Posibilidad de efectuar la prestación debida, abstracción hecha de la falta de colaboración del acreedor: Supongamos que un prestatario desde antes de la guerra civil, llegando el aparente vencimiento del préstamo durante la guerra, desea devolver el préstamo. ¿Le será ello posible en zona roja? Hay razones de peso para ponerlo en duda. Las deudas monetarias han de pagarse con los medios legales de pago, conforme al sentido del artículo 1.170 del Código civil. En zona roja no existían tales medios legales (Decreto-ley del 12 de noviembre de 1936, y Ley del 13 de octubre de 1938). Por tanto, se daba una fortuita y pasajera imposibilidad de la prestación que, durante su existencia, suspende la obligación del deudor, y cuya desaparición la hace renacer. La legislación nacional está de acuerdo con esta solución doc-

trinal, ya que, dejando aparte las moratorias que también podrían aducirse con esta ocasión, los artículos 6.<sup>º</sup> y 8.<sup>º</sup> de la Ley del 5 de noviembre de 1940, sobre contratación en zona roja, prevén y parten de la suspensión de los deberes del deudor. Podría objetarse que lo dicho infringe la Ley del Desbloqueo del 7 de diciembre de 1939, que sólo en determinados casos permite la revalorización de los pagos efectuados con dinero rojo, dando en apariencia, por ende, a éste efecto de medio legal de pago. Pero tal conclusión, por ser absurda, debe partir de equivocadas premisas. En efecto, la Ley del Desbloqueo enfoca sólo el caso (que, bien es verdad, era el caso normal) de que el acreedor *aceptó* el dinero rojo ofrecido por el deudor. En esta hipótesis, el pago está realmente bien hecho, ya que se realizó entre deudor y acreedor un contrato de novación, en virtud del cual se sustituyó el dinero legal debido, pero inexistente, por dinero usual. La razón económica de nuestra solución consiste en la circunstancia de que el acreedor podía hacer uso del (mayor o menor) valor adquisitivo del dinero rojo. Hasta en este caso, la Ley del Desbloqueo permite, en determinados supuestos, la revisión de pagos; y la Ley sobre contratación en zona roja, la impugnación del contrato de novación, aunque, bien es verdad, no bastara para ello el mero hecho de haberse efectuado el pago en dinero rojo (artículo 2.<sup>º</sup> de la mencionada Ley).

b) Falta de colaboración del acreedor, imputable a éste: Supongamos, a efectos de la discusión, que la prestación hubiera sido posible, si el acreedor la hubiera aceptado o no hubiera estado ausente. ¿Nace, en tal hipótesis, el derecho del deudor a consignar? Este derecho es una consecuencia de la "mora accipiendo" del acreedor, reconocida esta figura tanto en el Derecho español (artículos 1.176, 1.185, 1.452, párrafo 3.<sup>º</sup>; 1.589<sup>º</sup> y 1590 Código civil; artículos 332 y 333 Código de Comercio) como en la jurisprudencia (sentencia T. S. de 9 de julio de 1941, en REVISTA CRÍTICA, 1942, p. 120). La "mora accipiendo" consiste en la falta de colaboración del acreedor, impedidiva del cumplimiento de la deuda, toda vez que tal falta de colaboración sea imputable al acreedor. Una doctrina algo anticuada imputaba al acreedor sólo la "mora accipiendo" culpable, tratándola de esta forma en pie de igualdad con la mora del deudor. Según esta tesis, el acreedor no ha incurrido en "mora accipiendo" en nuestra hipótesis; y, por tanto, el deudor carece del derecho a consignar el objeto de su prestación. Kohler (en *Iherings Jahrbücher*, tomo XVII, pág. 114) logró superar la doctrina mencio-

nada, y ampliaba el campo de las causas imputables al acreedor. La teoría moderna, que de Kohler procede, suele formularse "teoría de la esfera" (Ennecerus-Lehmann, *Derecho de obligaciones*, trad. esp., volumen I, 1933, pág. 287; Heck, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1929, página 117), puesto que reclama un acontecimiento, aunque fortuito, pero atribuible a la esfera del acreedor. El artículo 1.176, párrafo 2.º, sanciona dicha doctrina. Pues normalmente la ausencia del acreedor es atribuible a su esfera. No obstante, en nuestro caso no se puede decir tal cosa, ya que sería un absurdo castigar a una persona por haberse hallado en zona nacional. Por ende, en el caso de autos, y en contra de lo fallado por los tribunales de instancia, debe rechazarse la aplicación del artículo 1.176 del Código civil, puesto que la ausencia del acreedor no le era imputable a los efectos de dicha disposición. Para disipar frecuentes dudas e inseguridades, reafirmamos que tanto con respecto a la "mora debendi" como en cuanto a la "mora accipiendi", debe aplicarse la bipartición de causas imputables y de caso fortuito, revelando un desconocimiento completo del Derecho de obligaciones el deducir de si una circunstancia no es imputable al deudor en relación con la "mora debendi", lo es al acreedor en lo atañadero a su "mora accipiendi".

2.º *La validez de la consignación.*—Suponiendo el derecho del deudor a consignar, ¿pudo hacerlo válidamente ante los tribunales marxistas? La Ley de 8 de mayo de 1939 no se refiere directamente a los actos de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, el eminentísimo proce-salista Prieto Castro cree que su idea fundamental se extiende a ella, provocando la nulidad de los referidos actos (v. su artículo en esta REVISTA CRÍTICA, 1940, pág. 642).

En casos determinados, aunque no en el presente, la consignación puede constituir un fraude de la Ley, ya que la situación creada por ella contradice la finalidad apetecida por la Ley: liberar al deudor y satisfacer al acreedor (aspecto objetivo del fraude), y el ánimo que tal situación provocó puede haber sido malicioso (aspecto subjetivo).

Finalmente, debería investigarse la relación entre el efecto liberatorio de la consignación realizada en zona ocupada por el enemigo, y el derecho del "postliminium", que consiste en volver atrás todo lo ocurrido durante la ocupación, de modo que los nacionales encuentren sus bienes en idéntica situación como antes de la misma (v. Grocio, *Del derecho de la guerra y de la paz*, trad. esp., Reus, t. IV, 1925, pági-

na 200 y sigs.; Vattel, *Le droit des gens*, París, t. II, 1820, págs. 672 y 673; Hatschek, *Völkerrecht*, 1923, pág. 368; Díena, *Derecho Internacional Público*, trad. esp., 1941, pág. 651).

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1943.—*Legitimación activa (coherederos)*.

Si bien, por precepto de los artículos 657, 658 y 661 del Código civil, los derechos a la sucesión de una persona se transmiten y adquieren desde el momento de su muerte, no es posible prescindir de que, en el período de indivisión que precede a la partición hereditaria, los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados los respectivos derechos hasta que se transforman y complementan mediante la partición, que es la que, según el artículo 1.068 del mismo Código, reconoce a cada heredero derechos individuales y específicos sobre bienes de la masa hereditaria; y de esto es consecuencia que, en este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar sino para la comunidad hereditaria. El mencionado artículo no sólo es aplicable en los casos en que existan en la herencia "cosas específicas", no siéndolo cuando haya que distribuir una cantidad de dinero. Pues, para razonar en la forma dicha, precisa olvidar que la necesidad de la partición no la determina el número ni la clase de los bienes a distribuir, sino el hecho de que exista más de un partícipe de la herencia; y como, además, el conjunto de operaciones necesarias para fijar el activo y el pasivo del caudal hereditario, el haber de cada partícipe y la adjudicación en cantidad suficiente para el pago de estos haberes, es lo que integra la partición, forzoso es admitir que ésta tiene el carácter de operación complementaria de la transmisión y que es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados, como expresamente estatuye el tan repetido artículo 1.068.

Conforme con esta doctrina, el Tribunal Supremo confirma la sentencia impugnada que desestimó la demanda de un coheredero contra un tercero de la herencia, reclamándole el pago parcial de una pretendida deuda del tercero frente a la herencia.

## II.—DERECHO PROCESAL

SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1942.—*Competencia.*

Si bien, una constante jurisprudencia tiene declarado que el conocimiento de las demandas sobre remuneración de servicios corresponde al Juez del lugar donde se prestaron, esto sólo puede tener lugar cuando la reclamación se dirige contra aquel que recibió o a quien se prestaron dichos servicios, pero no cuando, como en este caso sucede, no apareciendo relación jurídica anterior a la demanda que ligue al demandado con el actor, y no siendo aquel demandado en concepto de heredero de su hija, beneficiaria de los servicios, cuya herencia, por otra parte, ha renunciado, tiene que ser considerado como tercero a efectos de competencia. Tratándose, por ende, de acción personal, y no existiendo lugar determinado para el cumplimiento de la obligación que se demanda, se impone en este caso atribuir la competencia al Juez del domicilio del demandado.

SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1942.—*Competencia de jurisdicción.*

La competencia de la jurisdicción contenciosoadministrativa en materia de contratación (artículos 4.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup>, Ley de 22 de junio de 1894) está limitada a los contratos que tengan por objeto "inmediato o directo" la ejecución de obras o servicios públicos, que es cuando la Administración actúa en el ejercicio del "jus imperii". El tema litigioso en estos autos versa sobre el incumplimiento de un contrato de permuta, en virtud del cual la demandante transfirió al Ayuntamiento de Salamanca una parcela de terreno que la Corporación proyectaba destinar a la apertura de dos calles, a cambio de otras dos parcelas que el Ayuntamiento había de entregar a la parte actora; y así resulta claro que la relación contractual no tenía por objeto "inmediato" la apertura de las calles, sino adquisición de un elemento preciso para llegar en su día a la ejecución de la obra urbanizadora, por lo que es visto que el contrato reviste carácter civil, puesto que la Corporación municipal actuó como persona jurídica, en pleno de igualdad con la demandante, al crear un vínculo que, tanto por su objeto como

por su causa o reciproca entrega de parcelas, entra de lleno en la esfera del Derecho privado.

#### SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1942.—*Congruencia.*

Pára apreciar la conformidad o desviación de la sentencia en relación con los pedimentos que le sirven de base, se utilizan como elementos de contraste las llamadas *identidades fundamentales*, es decir, la congruencia de lo pedido y lo resuelto, en relación con las personas intervenientes, con el objeto del proceso y con la causa de pedir. En el caso de autos, los demandantes solicitaron la declaración de nulidad del contrato, exigiendo, como consecuencia, que se les reintegre en él goce del local arrendado y que se les indemnice, mientras que los demandados, oponiéndose a todo ello, suplican la declaración de que el contrato sea válido. Y como, frente a esas contradictorias actitudes, el Tribunal "a quo" se desentiende de aquel problema básico, bien determinado por la causa de pedir y por el objeto que se demanda, y después de estimar que es inaplicable la disposición que los actores invocaron en su apoyo, y al margen de ella, constituye la obligación de indemnizar sobre una base de hecho que en esos términos no fué objeto de discusión, altera la causa de pedir (falta genérica de diligencia en lugar de infracción contractual), y trueca el objeto pedido (se demanda la nulidad de un contrato y la declaración de vigencia de otro, y, desecharlo estas peticiones básicas, otorga una indemnización de perjuicios que, aparte de no coincidir en la cuantía con la solicitada, nace de título distinto y, por añadidura, se fija sobre base de forzada analogía que no es tampoco la que sirvió de sustentáculo a la petición que en ese punto se reputa infundada); es innegable que, por mucha amplitud que a los poderes del Juez quiera darse, la sentencia acusa un indiscretible exceso en los mismos, en que precisamente se engendra la incongruencia.

#### SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1943.—*Competencia.*

En materia de indemnización de daños y perjuicios dimanante de culpa extracontractual, la más reciente doctrina de esta Sala, llenando un vacío de la Ley, ha declarado repetidamente que la obligación de indemnizar debe cumplirse donde los daños y perjuicios fueron oca-

sionados. En el caso de autos, el demandante reclama indemnización de daños producidos por la querella que la demandada interpuso en Valencia contra el demandante, reprochándole la falsificación de documentos. La competencia en este juicio corresponde, por tanto, al Juzgado de Valencia.

SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1943.—*Competencia.*

Se ejercita en estos autos una acción real para la reivindicación de un semoviente que, al formularse la demanda, se hallaba constituido en depósito judicial en el puerto de Sagunto; y como a esta situación de hecho es forzoso atenerse para fijar la competencia, procede decidir a favor del Juzgado de la expresada ciudad.

SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1943.—*Interdicto de recobrar.*

Que referido concretamente el recurso de casación al hecho de haber sido denegada por la Sala de instancia la petición de que fuese reclamado y unido a los autos un testimonio auténtico de las actas de Juntas de la entidad demandante, celebradas en 1917 y 1922, acreditativa de que el demandado fué nombrado primeramente Vocal del Consejo de Administración, y después Secretario de la Sociedad "Electra", bien se advierte que el testimonio mencionado, aunque revistiera el carácter de fehaciente, sólo demostraría la realidad de los nombramientos de Vocal y Secretario, pero en ningún modo serviría para poner de relieve que, por razón de estos cargos, venía el demandado ocupando el inmueble objeto del interdicto, y comoquiera que, por mandato del artículo 1.656 de la Ley de Enjuiciamiento civil, las únicas pruebas admisibles en el interdicto de recobrar, se han de referir al hecho de la posesión o tenencia de la cosa por el demandante y al del despojo cometido por el demandado o por su orden, es visto que la diligencia de prueba pedida ha sido bien denegada por inadmisible.

LA REDACCIÓN.

# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICOADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE 6 DE FEBRERO DE 1940.

El legado a plazo cierto causa liquidación contra el legatario por su total importe al fallecer el causante, y la causa también en concepto de usufructo temporal a nombre del heredero que usufructúa los bienes legados hasta el vencimiento del plazo.

*Antecedentes.*—El causante ordenó en su testamento cinco legados de cantidad a favor de varios sobrinos, con la cláusula de que no serían entregados hasta que venciese cierta hipoteca y pasasen cinco años más, sin que entretanto devengasen intereses. En los restantes bienes instituyó heredera universal a su hermana doña M. A.

La Oficina Liquidadora giró a cada legatario su correspondiente liquidación sobre la base del importe total de cada legado, y a la heredera, además de la liquidación en concepto de tal, le giró otra sobre la base del usufructo temporal de la cantidad que importaban los legados dichos.

Los legatarios recurrieron contra las liquidaciones que les afectaban ante el Tribunal provincial, y entendieron que, estando legalmente girada la liquidación a la heredera sobre la base del usufructo temporal de las cantidades legadas, esa base debía ser proporcionalmente rebajada de la que se tomó para girar la liquidación a cada uno de los legatarios; pero el Tribunal desestimó la reclamación, aplicando el artículo 57 del Reglamento, en relación con el 799 del Código civil.

El Tribunal central confirmó el acuerdo del provincial, y razona su tesis diciendo que la institución testamentaria de que se trata no es equivalente a la constitución de un usufructo vitalicio, porque le falta la contrapartida de la nuda propiedad a favor de otra persona. Es, dice,

una designación de beneficiarios a plazo cierto, conforme a la norma del artículo 805 del Código civil, que supone la suspensión de la entrada en el goce de los bienes por parte de los legatarios y el consiguiente goce temporal de aquéllos por el heredero, en razón de su condición de tal; y ello, en definitiva, envuelve la fijación de un *ordo sucesivus* en el disfrute de dichas porciones hereditarias, o, lo que es igual, una pura sustitución de personas que por el orden de su llamamiento han de entrar en el disfrute de los bienes, lo cual hace que haya que rechazar el supuesto de que los llamados en segundo lugar estén afectados por una condición suspensiva en sentido estricto, puesto que lo que queda en suspenso es la ejecución de la disposición testamentaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 799 del Código civil.

De todo ello deduce el Tribunal que la persona instituída en primer lugar carece de facultades dispositivas sobre tales bienes, sea *intervivos*, sea *mortis causa*, y debe, por lo mismo, ser considerada como usufructuaria temporal, por aplicación de los artículos 32, 2.º, y 66, 1.º, del Reglamento del Impuesto; y en cuanto a los llamados a plazo y en segundo lugar, deben satisfacer el impuesto como si hubiesen sido instituidos puramente sobre la base del total valor de los bienes, según determina el artículo 57, apartado 2.º, en relación con el apartado 1.º del artículo 32, del mismo Reglamento.

*Comentarios.*—Con la salvedad, como siempre, de la autoridad y del respeto a que es acreedora la elevada competencia del Tribunal Económico Administrativo Central, no compartimos el criterio que la resolución que analizamos sustenta.

No se trata, ciertamente, como parece deducirse de algunos de los razonamientos transcritos, de discutir si el plazo cierto—el término—establecido por el testador para entrar en el disfrute de los legados equivale análogamente a la constitución de un usufructo vitalicio, ni tampoco de dilucidar si el caso plantea “un *ordo sucesivus*” o “una pura sustitución de personas llamadas a entrar en el disfrute por el orden de su llamamiento”, para deducir, en su consecuencia, que los llamados en segundo lugar no están afectados de condición suspensiva. A nosotros nos parece que la cuestión es de mucho más sencillo planteamiento: se trata de una institución o legado de cantidad hecho con la modalidad de que los legatarios no entrarán en posesión de la cantidad que a cada uno corresponde hasta que transcurra un determinado tiempo, cuya forma de institución está autorizada, como es sabido, expresa-

mente por el artículo 805 del Código civil al establecer la validez de la designación de día o tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o de legado.

Se trata, por consiguiente, de una institución *a término suspensivo*, que no cabe confundir con la institución sometida a *condición suspensiva*, ya que el término, cuando es suspensivo, como en este caso ocurre, implica la adquisición del derecho desde el momento del fallecimiento del testador, siquiera de momento y hasta que el término se cumpla no entre el legatario en la posesión y disfrute del legado; mientras que la *condición suspensiva* impide adquirir hasta que la misma se realiza, con la diferencia sustancial, además, de que el instituido a *término suspensivo* transmite o puede transmitir su derecho, y el constituido con *condición suspensiva* nada transmite a sus herederos si fallece antes de que la condición se cumpla.

Esta teoría, que no es nueva, ciertamente, para nuestros lectores, y que no es más que la reproducción del clásico *dies cedit* y *dies venit*, y ha sido desarrollada brillantemente por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 26 de junio de 1928, explicando la antinomia de los artículos 759 y 799 del Código civil, tiene aplicación y necesario recuerdo aquí, en el caso presente, para dar la adecuada interpretación a ese segundo artículo en relación con el apartado 2.<sup>º</sup> del 57 del Reglamento del Impuesto, aplicados ambos por la Resolución que comentamos en un sentido no compartido por el comentarista.

Para completar el pleno planteamiento de nuestro punto de vista hay que añadir que el artículo 805, ya citado, no se limita a autorizar la institución del legado *a término suspensivo*, sino que añade en el segundo párrafo que "hasta que llegue el término señalado , se entenderá llamado el sucesor legítimo".

Tenemos, pues, los dos puntos fundamentales, que son: que el legatario ha adquirido el derecho, pero no el disfrute del mismo, y que este disfrute lo tiene el heredero hasta el momento del cumplimiento del término; y con esos dos elementos esenciales a la vista, nos parece evidente, en contra de lo que el Tribunal Económico Administrativo Central opina, que no hay en este caso ni un *ordo sucesivus* ni una persona—la heredera doña M. A.—"instituida en primer lugar, que si bien puede gozar de los bienes por un plazo determinado, carece de facultades de disposición intervivos o *mortis causa* sobre tales bienes, pues necesariamente ha de conservarlos íntegramente para los llama-

dos en segundo término". No; los llamados en primer y único lugar y los que desde el primer momento adquieren, con la limitación dicha en cuanto al momento de iniciar el disfrute, son los legatarios, al mismo tiempo que la heredera doña M. A. entra en ese disfrute provisional hasta que el término se cumpla, lo cual es radicalmente distinto del *ordo sucesivus* y de "una pura sustitución de personas", e impide hablar "de persona instituida en primer lugar" y de los "llamados en segundo lugar".

Si tal calificación fuese admisible, la figura jurídica por ella dibujada sería una sustitución fideicomisaria, para cuya liquidación no sería posible acudir al artículo 57 ni habría para qué acordarse del artículo 799 del Código civil, con su inadecuado léxico contradictorio con el 759, sino que habría que aplicar el artículo 32 del Reglamento, o, por analogía, el 33, y en cualquiera de los dos casos, conforme a sus respectivos apartados 2) y 4), practicar *una sola liquidación* por usufructo a la primeramente llamada—la heredera doña M. A.—, sin que de momento cupiese girar liquidación a los llamados en segundo lugar—los legatarios—, para los cuales la obligación de pagar no nacería hasta que la sustitución se consumase, o sea hasta la muerte de aquélla.

Esto dicho, queda claro que, admitida la precedente calificación del acto liquidable, no es sostenible la procedencia de las dos liquidaciones giradas y dadas por buenas por el Tribunal, una a la heredera por el usufructo de las cantidades legadas, y otra a los legatarios por el total importe de las mismas; y queda asimismo patente que no será aplicable el repetido apartado del artículo 57.

En cambio, admitida la calificación que nosotros propugnamos, ese es el precepto que debe ser aplicado para deducir de él dos liquidaciones, una a la heredera por usufructo temporal y otra a cada uno de los legatarios.

Hasta aquí la cosa es clara, pero deja de serlo en el momento en que se llega a la determinación de la base liquidable a los legatarios, o, dicho en forma más general, a los que adquieran *a término suspendivo*, siguiendo la nomenclatura que hemos sentado, de acuerdo con el Tribunal Supremo, sobre el verdadero sentido del artículo 799 del Código civil.

Según la letra de ese apartado 2.º del artículo 57 del Reglamento, y también según la corriente aplicación práctica del precepto, a los legatarios debe girárseles la liquidación "como si se tratase de institución

pura", es decir, como si adquiriesen y disfrutasen las cantidades legadas desde el momento de abrirse la sucesión; pero como paralelamente, y por aplicación del artículo 805 del Código civil, se da el disfrute temporal hasta el cumplimiento del término a favor de la heredera, el cual también es liquidable a tenor del apartado 1) del artículo 31 del Reglamento, no ofrece duda que sobre la base de ese disfrute se giran al mismo tiempo y por el mismo concepto de herencia dos liquidaciones, y ello es contrario a los postulados jurídico fiscales que sirven de base al impuesto.

Y no encierra el comentado artículo 57 esa sola antinomia en su apartado 2). Añade que al vencer el término se presentará de nuevo el documento, a fin de practicar las rectificaciones que procedan conforme a su último apartado, esto es, para valorar y, en su caso, rectificar entonces la base y los tipos de tributación; y de ahí surge la nueva antinomia, porque si en el momento inicial se liquidó sobre todo el valor de los bienes como si se tratase de institución pura, ¿qué rectificación cabe en esa liquidación, ni en cuanto a la base ni en cuanto a los tipos, supuesto que se trata de una institución *a término suspensivo* que confirió el derecho en firme al favorecido con ella desde el primer instante?

La prevención cabría si se tratase de una *condición suspensiva* o de un *término resolutorio*, y también en el caso de término suspensivo si se hubiese liquidado solamente la nuda propiedad y si dejase de liquidar el usufructo hasta que el beneficiado con la institución lo consolidase.

Esta última indicación o supuesto es lo que, a nuestro entender, puede dar la clave para hallar la verdadera interpretación del apartado que venimos comentando, sobre la base, claro es, del sentido exacto y auténtico del artículo 799 del Código civil, tal como anteriormente lo hemos definido, o sea referido a instituciones testamentarias *a término suspensivo*. Entonces liquidaríamos, sí, como si de institución pura se tratase, sin aplazamiento, pero al instituido—en este caso el legatario—se le liquidaría deduciéndole de sus respectivas bases el usufructo temporal que por ministerio de la ley y por aplicación del párrafo 2.º del artículo 805 del Código civil le corresponde a la heredera doña M. A., a la cual se liquida el usufructo temporal, y al fallecer ésta habría de presentarse nuevamente el documento y girarse a los legatarios las liquidaciones pertinentes por el usufructo que entonces consolidase.

liden. De esta manera tendría interpretación racional, jurídica y fiscal dicho artículo 57, puesto que se cumpliría el mandato expreso de liquidar sin aplazamientos y "como si se tratase de institución pura", no se daría la insostenible anomalía de liquidar al mismo tiempo y por el mismo concepto el usufructo temporal, y tendría sentido la preventión de presentar de nuevo el documento al vencer el término.

Contra esta visión del problema no creemos que queda más excepción que la que surgiría si el testador hubiese dispuesto que los frutos o los intereses de lo legado corriesen a favor del legatario desde el momento de abrirse la sucesión para recibirlas, junto con el legado mismo, al llegar el término, porque en tal supuesto el disfrute ni se dividía ni se transmitía temporalmente al heredero, y justo sería que el legatario tributase desde el primer momento por el total adquirido, si bien es de notar también que en ese caso tampoco se ve la razón de la segunda presentación del documento prevista por el apartado 2) tantas veces mencionado.

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ABRIL DE 1942.—

*No es deducible la deuda contra el causante en una cuenta de crédito de un Banco si no consta en póliza intervenida por Corredor de Comercio o por certificación del mismo con referencia a sus libros, ni lo es tampoco el importe de una letra de cambio que, aun teniendo vencimiento posterior al fallecimiento, carece de protesto.*

**Antecedentes.**—Presentada a liquidación una herencia, aparecían como bajas en ella por deudas del causante el saldo negativo de una cuenta de crédito que aquél tenía en un Banco y el importe de una letra de cambio aceptada por él y obrante en otro establecimiento bancario.

Ambos motivos de deber, con sus cifras correspondientes, se acreditaron con sendas certificaciones de los aludidos organismos, y, ello no obstante, la Abogacía del Estado, al aprobar el expediente de comprobación en agosto de 1932, no estimó deducibles tales deudas, como no las estimó tampoco el Tribunal Económico Administrativo Provincial, a pesar de que la reclamación, en cuanto a la letra de cambio se refiere, se reforzó con el argumento de que en escritura pública de 25 de octubre del mismo año había reconocido el heredero la deuda

y le habían dado carta de pago de la parte de ella entonces satisfecha por él.

La razón aducida por el Tribunal fué que las expresadas deudas no constaban en documento que reuniera los requisitos del artículo 101 del Reglamento, y que los presentados eran de fecha posterior al acto administrativo impugnado.

El Tribunal Económico Administrativo Central confirmó el acuerdo, y otro tanto hace el Tribunal Supremo en su sentencia, diciendo, en cuanto a la cuenta de crédito, que su saldo negativo es indispensable acreditarlo con la póliza correspondiente o con la certificación del agente mediador, sin que baste, a tenor del citado artículo, la certificación de la entidad concesionaria del crédito, incluso aunque se la refuerce con el reconocimiento posterior del heredero. De tal manera, añade, que la carencia de póliza—como en el caso ocurría—no afecta a la legitimidad del crédito, pero sí a la rebaja o reducción del caudal hereditario por faltarle el requisito esencial de constancia en el documento que el Reglamento exige.

Respecto al crédito contra el caudal representado en la letra de cambio aceptada por el causante, estima la Sala que, contra la invocación clara y precisa que el artículo 101 del Reglamento hace del 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil, no caben interpretaciones ni distingos y que no es posible perder de vista que se trata de un precepto fiscal de indeclinable observancia, por extremado y riguroso que parezca, dictado para evitar la posibilidad de perjuicios a la Hacienda.

La Sentencia de que tratamos se ocupa después de otro argumento esgrimido por el recurrente y deducido del apartado 3.<sup>o</sup> del mismo artículo 101 cuando preceptúa que las deudas que no consten en documento ejecutivo ni sea a favor de Bancos en las condiciones dichas, serán deducibles si se prueba su existencia a satisfacción de la Administración y se ratifican en documento público por el acreedor y por los herederos y, además, no son a favor de éstos o de los legatarios de parte alicuota ni de los cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos de esos herederos y legatarios, y lo rebate diciendo que ese apartado 3) no se refiere a aquellas deudas, y que, aunque comprendiera todas las que puedan existir contra el causante, es lo cierto que su justificación no tiene prueba tasada y es facultad discrecional de la Administración el apreciarla, lo cual implica—añade—que esa apreciación no es susceptible de revisión en vía contenciosa.

*Comentarios.*—Como se ve por la sucinta exposición del caso que acabamos de hacer, el Tribunal Supremo ratifica el sentido restrictivo que la jurisprudencia viene dando continuadamente al artículo 101, y en cuanto a ese sentido general nada tenemos que decir, pero sí hemos de destacar el punto de vista que la Sentencia sostiene al interpretar y aplicar el apartado 3), sosteniendo que él concede a la Administración facultades discrecionales para aplicarlo. Es ésta una novedad o un matiz interpretativo que no debe quedar sin anotar y sin comentar, dada su trascendencia.

El apartado, en efecto, se refiere a las deudas que no son ni ejecutivas ni bancarias, con póliza intervenida estas últimas, y prevé su deducción, supuestas las demás condiciones en él previstas si su existencia se justifica "a satisfacción de la Administración por los medios de prueba admisibles en Derecho", y de aquí, al parecer, deduce la sentencia comentada que la Administración queda en completa libertad para estimar o no deducible la deuda, o, lo que es lo mismo, que su decisión es discrecional y, por lo tanto, no recurrible en la vía contenciosa administrativa.

Esta es la conclusión a que la Sentencia llega, por muy dudosos que pueda parecer que el espíritu del apartado sea de una amplitud tan grande a favor del Fisco, de tal manera que una apreciación de un precepto tributario que no es de mera gracia quede completamente a merced del funcionario que la aplique. Esto encaja mal o no encaja en nuestra técnica jurídica, y nos parece que ella solamente con cierta violencia permite dar a la frase "a satisfacción de la Administración" una amplitud tan desmesurada, porque tal facultad está condicionada en el mismo texto "por los medios de prueba admisibles en Derecho" y por el último inciso del mismo apartado, al decir que "no será admisible a tales efectos la prueba testifical ni, por sí sola, la de presunciones"; luego, cuando la prueba aportada supere esos requisitos, ¿será sostenible que la apreciación de la Administración sea infalible?

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ-VILLAMIL  
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

## V A R I A

JAI MÉ MASAVEU: *Nueva dirección española en filosofía del Derecho penal* (Comisión de Legislación extranjera, 1942. Madrid, 219 páginas).

El profesor en la Universidad de Madrid y en la Escuela de Estudios Penitenciarios, D. Jaime Masaveu (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, 290), cuya "semblanza científica" ha sido trazada en la presente publicación por el ex profesor universitario y fiscal Ramón Rivero de Aguilera, analiza en la misma, con pulcritud y profundidad, la teoría pragmatista del nunca bastante llorado Saldaña.

La obra consta de tres partes: la primera contiene el estudio propiamente dicho y se estructura como sigue: el Maestro; nuestra filiación científica; geografía del pragmatismo; el pragmatismo y su valor filosófico; doble cronología; introducción al pragmatismo jurídico; el pragmatismo jurídico, el pragmatismo penal, y la escuela pragmática en el Derecho penal. La segunda y la tercera parte enumeran las publicaciones científicas de Saldaña y las críticas de su obra en los diferentes países del mundo, sustituyéndose y completándose de esta forma el folleto "La obra científica del profesor Saldaña", publicado en el vigésimoquinto año de su profesorado (Madrid, Libros Ibéricos, 1934) y prolongado por Castejón.

Debemos a Masaveu otra brillante exposición de las doctrinas de Saldaña, intitulada "La doctrina pragmática aplicada a la filosofía del Derecho y al Derecho penal", y publicada en la *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* (núms. 4 y 5, enero a junio de 1941, páginas 165 a 205).

I. 1) El pragmatismo filosófico (véase sobre él Masaveu: "La doctrina pragmática", págs. 168 a 172; "Nueva dirección española",

13 a 32) debe su nombre, que por cierto no agrada a William James, uno de sus fundadores (véase "Pragmatismo, nombre nuevo de antiguos modos de pensar", Madrid, Jorro, 1923, pág. 7), a Ch. Peirce, que lo introdujo en Filosofía, en 1878, en un artículo titulado "How to make our Ideas clear" y aparecido en el *Popular Science Monthly* (James, l. c., pág. 44), y debe su origen a la lucha contra el neokantismo y neohegelianismo inglés (véase Maier: "Wahrheit und Wirklichkeit", Tubinga, 1926, pág. 56) y americano, caracterizándose esta corriente por el afán de completar a Kant por Hegel (véase H. Maier, l. c., pág. 20) y siendo mantenida en Inglaterra, por ejemplo, por Bradley (véase Maier, l. c., pág. 41) y en América por William T. Harris, cuyo centésimo aniversario ha sido celebrado en su país en 1935 (véase Daniel S. Robinson: "Philosophy in the United States during 1935", en *Philosophia*, 1936, vol. I, fasc. 1 a 4, pág. 217).

2) El contenido del pragmatismo filosófico consiste, según las exposiciones corrientes de dicha doctrina, en la equiparación de la verdad con la utilidad (véase, por ejemplo, Karl Vorländer: "Geschichte der Philosophie", ed. 5.<sup>a</sup>, 1919, tomo I, pág. 490; August Messer: "Die Philosophie der Gegenwart", ed. 5.<sup>a</sup>, 1924, pág. 76; Corts Grau: "Filosofía del Derecho", 1941, págs. 68 y siguientes), tesis de tan fácil refutación que sus adversarios hubieran debido haber sospechado la inexactitud de la exposición. Así no faltan autores que analizan el pragmatismo con más justicia (véase Maier, l. c., págs. 228 y siguientes; Külpe: "Introducción a la Filosofía", Madrid, 1931, pág. 172). Por otro lado, los mismos pragmatistas pecan por cierto confusionismo, por lo cual el reciente historiador de la Filosofía americana, Gustav E. Ph. Müller ("Amerikanische Philosophie", 1936, pág. 203), califica el libro de James sobre el pragmatismo como su obra "más conocida, pero no su mejor" (véase "Philosophia", 1937, vol. 2, fasc. 1 a 4, pág. 314).

3) El verdadero acervo teórico del pragmatismo pueda, tal vez, sintetizarse del siguiente modo:

A) *Criterio para seleccionar y exponer temas científicos.*—En una situación dada científico-vital, la utilidad para su desarrollo debe guiarnos en la selección de los temas a investigar (James, l. c., 203 a 205, 234, 235). En efecto: toda investigación científica se halla situada en un contexto determinado. Un tribunal se encuentra, por ejemplo, con un caso concreto a resolver. Ahora bien: este tribunal debe sólo ocu-

parse de aquellos problemas científicos que son prejudiciales para la resolución del caso y sólo en aquel momento en que lo son. Si, por ejemplo, se duda si es aplicable a un caso con elementos extranjeros Derecho español o alemán, pero resulta que en la cuestión concreta ambos Derechos poseen la misma reglamentación, se puede prescindir de la resolución de la duda.

B) *Los temas científicos mismos.*—Los pragmatistas niegan la sustancialidad del concepto general de verdad, y reconocen sólo, como buenos nominalistas que son, la realidad de verdades concretas, de cuyos rasgos comunes podrá formarse, naturalmente, un concepto general, mas sin sustantividad propia. Ahora bien: hay que distinguir entre temas científicos verificables y no verificables.

a) *Temas científicos verificables.*—Una tesis es verificable si es posible examinarla en la experiencia por sus consecuencias. "Vivo a tres kilómetros de distancia de la Puerta del Sol." He aquí una tesis verificable, puesto que si ello fuera verdad podré alcanzar dicha plaza a pie en unos cuarenta minutos, afirmación de fácil verificabilidad. La verdad de una afirmación es idéntica a su verificabilidad (véase Dewey: "Pedagogía y Filosofía", Madrid, Beltrán, 1930, págs. 197 a 203; James, 1. c., 201, 207 a 210; Maier, 1. c., págs. 56, 57). Esta tesis pragmatista se denomina "teoría instrumental de la verdad". Es muy fácil objetar que confunde el criterio de la verdad con ésta misma. Pero esta confusión o equiparación ¿es perjudicial o más bien contracción fecunda de un grammaticalismo inútil? El hecho es que el criterio de la verificabilidad ha encontrado aplauso aun fuera de la escuela pragmatista; así, por ejemplo, en la obra de Heinrich Maier (1. c., págs. 269, 270). Y lo mismo puede afirmarse de la equiparación de la verdad con la verificabilidad. Piénsese, por ejemplo, en el neopositivismo del "Círculo vienesés" (Schlick, Wittgenstein, Reichenbach) y de Praga (Carnap, Franck) (véase sobre él: Aster: *Die Philosophie der Gegenwart*; 1935, págs. 177 y siguientes).

b) *Temas no verificables.*—Sobre la admisión o refutación de una tesis no verificable ha de resolver su utilidad para el fomento de nuestra vida (James, 1. c., págs. 103 a 107, 218). James estima, por ejemplo, el materialismo y el espiritualismo como igualmente no verificables. Sin embargo, da la preferencia al último por su valor estimulante. "Los hechos comprendidos en la cuestión que se debate son, en verdad, asaz vagamente concebidos por nosotros al presente. Mas la fe

espiritualista, en todas sus formas, afecta a un mundo de *promesas*, en tanto que el sol del materialismo se pone sobre un mar de desesperación" (l. c., pág. 106).

4) El pragmatismo tiene afinidad con diferentes corrientes filosóficas. Dejando aparte los ingredientes eternos de su concepción del mundo (el sensualismo y el nominalismo), mencionaremos dos teorías contemporáneas cercanas a él. Maier (l.c., págs. 228 y 293) opina que el pragmatismo continúa la obra del positivismo. El último subjetivo y eliminó las categorías sustanciales de la sustancia, causalidad y existencia, respetando sólo la categoría de la verdad, categoría destruída por el primero. Aster (l. c., págs. 33 y siguientes), en cambio, subsume el pragmatismo bajo el concepto de la "filosofía de la vida"; la vida crea los valores (por ejemplo, el de verdad), siendo ella misma el máximo valor.

II. El pragmatismo jurídico, como asequible con más facilidad a nuestros lectores, puede ser descuidado en esta nota bibliográfica. Hay que distinguir el pragmatismo jurídico en general (véase Saldaña: "Die pragmatische Gerechtigkeit", Berlín, 1935, págs. 51 a 63; Masaveu: "La doctrina pragmática", págs. 174 a 193, y "Nueva dirección española", págs. 33 a 51) y el pragmatismo penal (Masaveu: "La doctrina pragmática", págs. 193 a 205: "Nueva dirección española...", págs. 52 a 73).

Expresemos, finalmente, nuestra alegría sobre la exquisita monografía de Masaveu como síntoma de la resucitación del interés filosófico en la ciencia del Derecho, y a la par síntoma de la originalidad hispánica contemporánea.

LA REDACCIÓN.