

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XIX

Febrero de 1943

Núm. 177

El derecho de voto del accionista

1. La intervención del accionista en la gestión de los asuntos sociales.—2. Naturaleza del derecho de voto —3. Ilicitud de las limitaciones estatutarias de ese derecho —
4. La proporción entre el derecho de voto y la participación del socio en el capital social —5. Excepciones que admite ese principio. Las acciones de voto plural.—
6. Distinción entre el derecho de voto y el derecho de simple asistencia a las juntas generales de accionistas.

I

1. El perfil de la sociedad anónima es el de una pura asociación de capitales. Esa forma social fué el instrumento de que se valió la organización económica moderna para lograr la concentración de capitales necesaria para el desarrollo de la gran industria y del comercio en gran escala. El accionista no pone en la sociedad nada de su persona. Se limita a aportar dinero u otros bienes patrimoniales, sin obligarse a contribuir con su esfuerzo al éxito de la empresa ni responder directamente frente a los acreedores sociales.

Mas, a pesar de esa nota impersonal y capitalista, la sociedad anónima no desplazó totalmente al accionista singular de la gestión de los negocios sociales. La organización interna de la sociedad ofrece a todo accionista el medio de influir en la administración de la empresa concurriendo a las juntas generales y participando con su voto en la formación de la voluntad social (1). La junta general de accionistas se con-

(1) Algunas legislaciones declaran expresamente que los derechos del accionista en lo que afecta a la gestión de la sociedad se ejercitarán a través de la Junta general. Así el Código de Comercio alemán (art. 250) y la ley alemana de sociedades anónimas de 30 de enero de 1937, que en su artículo 102 reproduce la disposición del Código.

figura como órgano supremo, a cuyas decisiones se someten todos los demás poderes de la sociedad. Ella nombra y revoca a los administradores, aprueba o rechaza las cuentas y balances y puede intervenir en todos los sectores de la vida social, sin más límites que el respeto a los derechos individuales de los socios y a las bases esenciales de la sociedad misma. El accionista más insignificante tenía así un camino abierto a su legítimo deseo de intervenir en la dirección de los asuntos sociales.

Pero la realidad no tardó en demostrar que las cosas sucedían de modo bien distinto. La crisis económica y social originada por la guerra europea de 1914 puso al desnudo el divorcio existente entre la teoría y la práctica de la sociedad anónima. Esta sociedad de cuño democrático, en la que todos los accionistas, reunidos en junta general, podían decidir los destinos de la empresa, al correr del tiempo había recobrado su antigua fisonomía oligárquica por obra y gracia del poder absorbente y tiránico de los grandes accionistas y por la incuria de los pequeños tenedores de acciones, que, ligados a la sociedad por un interés insignificante, o no acudían a las juntas generales o delegaban el ejercicio del derecho de voto en favor de los Bancos depositarios de las acciones (1). El descubrimiento de esa realidad suscitó un amplio movimiento doctrinal en pro de la revisión de los conceptos fundamentales de la sociedad anónima, y pronto se inició un amplio debate sobre la organización de los poderes sociales, la función de la administración y sus relaciones con la junta general de accionistas como órgano de expresión de la voluntad social, la licitud de las acciones de voto plural, la protección de las minorías, la cesión del derecho de voto, etc., etc.; temas preferidos por la literatura jurídica de las sociedades anónimas de estos últimos tiempos (2).

(1) El retorno de la sociedad anónima moderna a su primitiva fisonomía aristocrática es el tema central de la conocida obra de J. Garrigues *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1933.

(2) El punto de arranque fué el estudio que el año 1917 publicó en Alemania Rathenau, con el título de *Aktienwesen, eine geschäftliche Betrachtung*. A este estudio siguieron otros muchos en todos los países, pero principalmente en Alemania Brodmann: "Die Sanierung unseres Aktienwesens", 1931. Geiler: *Die Konkretisierung des Rechtsgebots der guten Sitten im modernen Wirtschaftsrecht* (en los *Estudios en honor de A. Pinner*, págs. 255 y sigs.), y "Moderne Rechtswandlungen auf dem Gebiet des Privatrechts" (en los *Estudios en honor de E. Heymann*, I, pág. 138). Gieseke: "Das Aktienstimmrecht der Banken, 1926, y "Grundsätzliches zur reform des Aktienrechts. Probleme und Schlagworte" (en los *Estudios en honor de E. Heymann*, II, pág. 749) R. Goldschmidt: "Recenti tendenze nel Diritto della società anónima", Firenze, 1935 Gozppert: "Zum Aktienrechtsentwurf" (en *Bank Archiv*, 30, 27). Hallstein: "Die Aktienrecht der Gegenwart", 1931. Haussmann "Vom Aktienwesen und Aktienrecht,

La corriente revisionista encontró campo muy propicio en Alemania con el advenimiento del régimen nacionalsocialista. El principio de jerarquía (*Führerprinzip*) en que se basa el sistema político-económico de Alemania, al ser transportado al terreno de la sociedad anónima, chocaba con el poder soberano de la junta general de accionistas, montada sobre el principio democrático de la mayoría (1), y

1928. Homburger: "Neugestaltung des Aktienrechts, zur Kritik des Vorentwurfe", 1931. Hueck: "Das Recht der Generalversammlungsbeschlüssen un die Aktienrechts" 1933. Kisskalt: "Zur reform des Aktienrechts" (en la *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1934, págs. 30 y sigs., y 1935, págs. 247 y sig.). Klausing: "Reform des Aktienrechts", 1933. Lifschutz: "Die Generalkausel im Aktienrecht", 1931. Ludewig: "Hauptprobleme der reform des Aktienrechts", 1929. Müller-Erzbach "Umgestaltung der Aktiengesellschaft zur Kerngesellschaft werantwortungsvoller Grossaktionäre", 1929. Netter: "Probleme des lebenden Aktienrechts", 1929. Nussbaum: "Aktionär und Verwaltung", 1928 Passow: "Der Strukturwandel der Aktiengesellschaft im Lichte der Wirtschaftsenquete". 1930 Planitz: "Die Stimmrechtsakte". 1922. Schreiber: "Neue Gedanken zur Aktienrechtsreform" (en los *Estudios en honor de E. Heymann*, II, págs. 802 y sigs.).—En Francia, Auger: "Le nouveau régime des action à vote plural" (*Rev. des Soc.*, 1933). Bosvieux: "La nouvelle réglementation du droit de vote dans les sociétés par actions" (*Journal des Sociétés*, 1934) Cordonnier: "De l'égalité entre actionnaires", 1924. David: "La protection des minorités dans les sociétés par actions", 1928. Gaillard: "La Société Anonyme de demain" y "La crise de la Société anonyme", 1933. Percerou: "La question des actions à droit de vote privilégié, Suppresion ou réglementation" (*Ann. Droit Comm.*, 1930, páginas 5 y sigs.), y "Sur la régime juridique des sociétés par actions au point de vue du vote privilégié et de la protection des minorités" (*Ann. Droit Comm.*, 1932, páginas 202 y sigs.). Picard: "La défense des actionnaires" (*Rev. Politique et Parlementaire*, 1931) Tamboise "Le droit de vote dans les assemblées générales", 1936.—En Italia, Arcangeli-Ascarelli: "Il regime delle società par azioni con particolare riguardo al voto plurimo e alla protezione delle minoranze" (*Riv. Dir. Comm.*, 1932, I, págs. 159 y sigs.). Ascarelli: "Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni" (*Riv. Dir. Comm.*, 1930, I, págs. 735 y sigs., y "La funzione del diritto speciale e la trasformazione del diritto commerciale" (*Riv. Dir. Comm.* 1934, I, págs. 1 y sigs.). Dalmatello: "Osservazioni sul problema della protezione delle minoranze nelle società per azioni" (*Giur. Ital.*, 1934, IV, págs. 54 y sigs.). Rava: "Il voto plurimo nelle società per azioni", 1929. Scialoja: "Il voto plurimo nelle società par azioni" (*Foro Italiano*, 1925, I, págs. 758 y sigs.). Vivante: "I pregevoli di riforma sul voto plurimo nelle società anónime" (*Riv. Dir. Comm.*, 1925, I, págs. 429 y sigs.), y "Contributo alla riforma delle società anónime" (*Riv. Dir. Conz.*, 1934, I, págs. 309 y sigs.).

En España, Garrigues: Obra citada en la nota anterior; "La sociedad anónima en el nuevo Estado" (conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona, 1942). y "La reforma de la sociedad anónima" (*Revista de Estudios Políticos*, núm. 2, 1941, páginas 205 y sigs.). Pérez-Serrano: "La proyectada reforma del Código de Comercio: Compañías anónimas y limitadas" (*Revista de Derecho Privado*, t. XIV, 1927, páginas 3 y sigs.). Calvo Sotelo: "El capitalismo contemporáneo y su evolución", 1935 y 1938. "Juan Hurtado": "Problemas actuales de la sociedad anónima" (folletos publicados en el diario *Arriba*, 1942).

(1)魏斯·贝格曼: "Aktienrecht und Führerprinzip" (*D. J. Z.*, 1934, páginas 371 y sigs.) P. Fischer: "Die Aktiengesellschaft in der nationalsozialistischen Wirtschaft", 1936, págs. 82 y sigs., y 90 y sigs. Kisskalt: "Die Aktiengesellschaft im nationalsozialistischen Staat" (en el *Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, de Frank, págs. 1.143 y sigs.).

no faltaron voces que abogaron por la supresión de este órgano social. La junta general pudo resistir el embate, pero el movimiento de ideas fué recogido en considerable medida en la nueva ley alemana de sociedades anónimas de 30 de enero de 1937, que si bien conserva la junta general, restringe considerablemente sus poderes tradicionales.

En el sistema instaurado por esa ley, la junta general decide todavía por mayoría de votos en materias tan importantes como la modificación de los estatutos, la disolución, fusión o transformación de la sociedad, el nombramiento del Consejo de vigilancia, la revocación de los administradores, el reparto de los beneficios, etc. Mas lo cierto es que la junta general perdió su antiguo carácter de órgano soberano y omnímodo. Acaso sea exagerado afirmar (1) que la tradicional pirámide de tres cuerpos formada por los respectivos poderes de la Junta general, el Consejo de vigilancia y la Dirección, haya quedado subvertida en la reforma alemana de 1937, pero sí es evidente que en la misma medida en que decreció el poder de la junta general aumentaron las facultades de la Dirección, que dispone ahora de un campo acotado de materias de su exclusiva competencia en el que no puede inmiscuirse por decisión propia la junta general de accionistas (2). Tal vez el síntoma más claro de ese desplazamiento de poderes de uno a otro órgano social esté en el hecho de que la ley haya arrebatado a la junta general de accionistas la tradicional facultad de aprobar el balance y las cuentas de cada ejercicio social. En la actualidad, la Dirección somete el balance y las cuentas a la aprobación del Consejo de vigilancia, y únicamente entrará la junta general a conocer de ese asunto cuando la Dirección y el Consejo de vigilancia, de común acuerdo, lo estimen oportuno, o cuando el Consejo de vigilancia deniega la aprobación de aquél (artículo 125). La junta perdió así su condición de órgano fiscalizador de la actuación de los administradores, y la razón de esta importante reforma hay que buscarla en la desconfianza de que los singulares accionistas puedan estar en condiciones de emitir un juicio autorizado y competente acerca de la situación económica y contable de la sociedad. Pero, con todas esas limitaciones, el accionista sigue teniendo en la

(1) La afirmación es de Baudouin-Bugnet: *Une nouvelle phase de l'évolution capitaliste en Allemagne*. París, 1938, pág. 61.

(2) El artículo 70, en su párrafo 1.^o, declara: "La Dirección administra la sociedad bajo su propia responsabilidad..." Y el párrafo 2.^o del artículo 103 establece que "La junta general solamente puede deliberar sobre cuestiones relativas a la administración a petición de la Dirección."

junta el instrumento que le permite participar en la marcha de la empresa.

Al contrario de lo ocurrido en Alemania, la reciente reforma del Derecho privado italiano no modificó la antigua concepción de la junta general de accionistas como órgano soberano de la sociedad anónima. Sustancialmente se mantiene en el Código civil de 1942 el *statu quo* anterior en lo que afecta a las respectivas esferas de poder de la junta general y de la administración. La junta general de accionistas conserva en la nueva legislación las mismas atribuciones que tenía bajo el imperio del Código de 1882: aprueba el balance, nombra los administradores y los síndicos y delibera sobre las demás cuestiones relativas a la gestión de la sociedad que hayan sido reservadas a su competencia por los estatutos o que sean sometidas a su examen por los administradores (art. 2.364).

2. La finalidad principal de toda sociedad mercantil es repartir ganancias entre los socios. De ahí que el accionista busque en la sociedad anónima una colocación beneficiosa del capital que aporta a ella. Por eso los derechos principales del accionista sirven directamente a ese fin y tienen un contenido típicamente patrimonial (derecho al dividendo y derecho a la cuota de liquidación). Pero al lado de esos derechos existen otros, llamados por Gierke derechos anexos (1), que no tienen contenido patrimonial y sólo sirven indirectamente a esa finalidad de lucro, sin que dejen de tener por ello importancia decisiva para el accionista, porque el no ejercicio o la pérdida de los mismos repercute desfavorablemente sobre las posibilidades de hacer efectivos los primeros. Ordinariamente reciben la denominación de derechos administrativos, y entre ellos descuelga, por su relevante importancia, el derecho de voto en las juntas generales. El ejercicio de este derecho es el único procedimiento que tiene en su mano el accionista para intervenir en la gestión de la sociedad y fiscalizar la gestión de los administradores.

El derecho de voto es consustancial a la condición de socio. No puede faltar en ningún accionista. Es uno de los derechos individuales que limitan la soberanía de la junta general (en el sentido de que el accionista singular no puede ser despojado total ni parcialmente de ese derecho por decisión de la mayoría). Desde el comienzo del siglo XIX, el derecho europeo de sociedades anónimas está inspirado en el princi-

(1) V. *Genossenschaftstheorie*, pág. 240.

pio de que el derecho de voto es inherente a la condición de socio, y la mayor parte de las legislaciones (alemana, italiana, inglesa, holandesa, etc.) afirman expresamente que todo accionista debe ser titular de un voto, por lo menos. En la generalización de ese principio influyeron tanto las ideas liberales, entonces triunfantes, como el resultado poco favorable de la experiencia recogida sobre el funcionamiento del sistema de organización oligárquica propio de la sociedad anónima de épocas anteriores. Pareció aconsejable, en interés de la propia sociedad y de sus miembros, conceder a todos los socios el derecho de influir en la gestión de la sociedad en proporción a la participación que tuvieran en el capital social (1).

Pero el Derecho español no secundó esa corriente legislativa. Ni el Código de comercio de 1829, ni el vigente de 1885, contienen una disposición en la que se atribuya expresamente a cada accionista el derecho a votar en las juntas generales. Sin embargo, la falta de textos legales explícitos no es obstáculo para que la doctrina afirme la validez de ese principio (2). Y en realidad, no carecemos de preceptos en el Código de comercio de los que lógicamente se pueda inferir que el pensamiento del legislador español era el mismo que informó a los demás legisladores del continente. De un lado la denominación junta "general" de accionistas, empleada por el Código en los artículos 151 y 168, autoriza por sí sola para suponer que nuestro legislador ha tenido presente la idea de una junta a la que puedan concurrir todos los socios, y de otro, la lectura del artículo 168 lleva también a esa conclusión, pues de no admitir que todos los accionistas puedan concurrir a la junta general, no se explicaría que ese precepto legal fije como *quorum* indispensable para tomar acuerdos la concurrencia de una determinada parte (dos tercios o la mitad más uno, según se trate de primera o segunda convocatoria) del número de socios o de las acciones representativas del capital social. Por último, al lado de esos argumentos de tipo legal está la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de octubre de 1918, que anuló una modificación estatutaria que privaba a los titulares de unas acciones de goce, emitidas a cambio de otras amortizadas, del derecho de intervenir en las juntas generales y en la administración de la sociedad, por

(1) Cfr. Bondi: *Die Rechte der Aktionäre*, 1930, pág. 183.

(2) Garrigues: *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 1936, pág. 277. Vicente y Gella: *Introducción al Derecho mercantil comparado*, 1930, núm. 62, entre otros.

estimar que esa modificación de los estatutos no podía ser objeto de deliberación en la junta general sin traspasar los límites de la soberanía de ésta, porque hería en su esencia la naturaleza de las acciones al privatlas del primordial y más sustancial de sus derechos (1).

Aunque en estos últimos tiempos una corriente doctrinal de indudable importancia abogó por la restricción del derecho de voto de los pequeños accionistas (2), el principio de que todo accionista tiene derecho a participar en la gestión de los asuntos sociales a través de las deliberaciones de la junta general ha sido ratificado recientemente en las más modernas legislaciones de sociedades anónimas. La ley alemana de 1937 declara en sus artículos 12 y 114 que cada acción confiere a su titular el derecho de voto, y el Código civil italiano de 1942 hace la misma afirmación en el artículo 2.351. Es cierto que la legislación alemana admite la posibilidad de que se emitan acciones privilegiadas sin voto, en determinadas condiciones que ella misma regula (arts. 115 a 117) y que el Código italiano prevé la creación de acciones también privilegiadas, con derecho de voto limitado a las deliberaciones de las juntas extraordinarias convocadas para modificar los estatutos o emitir obligaciones; mas, en realidad, esas excepciones no empañan la pureza del principio. El valor absoluto de éste se mantiene en ambas leyes al no consentir que los estatutos o la junta general de accionistas puedan limitar o prohibir el ejercicio del derecho de voto que corresponde a todo accionista (3).

(1) Sin duda con el propósito de llenar esa laguna del sistema legal vigente, el anteproyecto de reforma del libro II de nuestro Código de Comercio rechazó expresamente la validez de los pactos que priven al accionista del derecho de voto, y establece que, cualquiera que sea la clase y denominación de las acciones, todas atribuirán el mismo derecho de voto a sus poseedores (arts. 88 y 89).

(2) Garrigues: *Nuevos hechos...*, págs. 81 y sigs. Müller-Erbach; Obr. cit. Gaillard: En las dos obras citadas, donde propugna la retirada del derecho de voto a aquellos accionistas desprovistos de *affectio societas*.

(3) Una novedad interesante de la ley alemana es la de ligar, en vía de principio, la atribución del derecho de voto al desembolso completo de la acción. El número 2 del artículo 114 dice literalmente: "El derecho de voto nace con el desembolso completo de la aportación. Los estatutos pueden disponer que el derecho de voto comience desde que se haya entregado el montante mínimo previsto por la ley o el mínimo más elevado previsto por los estatutos. En este caso, el desembolso del montante mínimo confiere un voto; en caso de desembolsos superiores, el número de votos se determina según el montante de los desembolsos efectuados. Si los estatutos no disponen que el derecho de voto comience antes del desembolso total de las aportaciones, y si todavía no está completamente desembolsada ninguna acción, el número de votos se determina según el montante de las aportaciones efectuadas; salvo disposición contraria de los estatutos, el desembolso del montante mínimo legal confiere un voto. Las fracciones de votos no son tomadas en consideración más que cuando, sumadas,

3. El principio de que el derecho de voto es consustancial a la condición de socio no tolera restricciones de ninguna especie. El respeto a ese principio invalida las cláusulas—muy frecuentes en los estatutos de las grandes sociedades—que exigen la posesión de determinado número de acciones para poder votar en las juntas generales. La razón hay que buscarla en que el contenido de esas cláusulas priva de todo derecho a intervenir en la administración de la sociedad al singular accionista que no posea suficiente número de acciones. Por la misma razón se impone rechazar la validez de las cláusulas estatutarias que atribuyen únicamente el derecho de voto a los accionistas que lleven determinado tiempo en posesión de las acciones. No desconocemos que esa cláusula puede perseguir en ocasiones la finalidad laudable de eliminar de las juntas generales a accionistas desprovistos de *affectio societatis*, que sólo tienen en la sociedad un interés momentáneo o pasajero; pero es inadmisible, porque lo contrario equivaldría a privar del derecho de voto a aquellos accionistas que no reunan la antigüedad suficiente el día de celebración de la junta (1). Tampoco es admisible que los estatutos nieguen *a priori* el derecho de voto a personas determinadas, atendiendo a condiciones de sexo, extranjería, etc., o que reserven exclusivamente a algunas acciones la facultad de votar en determinadas clases de asuntos (2).

Todas esas limitaciones, u otras semejantes que establezcan los estatutos, pugnan abiertamente con la naturaleza del derecho de voto. Lo único admisible es que los estatutos reglamenten el ejercicio de ese derecho, exigiendo determinadas formalidades previas para su ejercicio (verbigracia: el depósito de las acciones en el domicilio social o en otros establecimientos). Pero esas formalidades no deben gravar o dificultar el ejercicio del derecho de voto en forma que prácticamente vengan a despojar al accionista de ese derecho, pues en este caso tampoco serían lícitas las cláusulas que las estableciesen.

4. Hubo alguna legislación que dió la misma extensión a los singulares derechos de voto de los accionistas, atribuyendo un solo voto, a cada socio cualquiera que fuese el número de acciones que posean al accionista que tenga derecho de voto votos enteros. Los estatutos no pueden estipular las disposiciones previstas en este párrafo para determinadas categorías de acciones solamente."

(1) Sobre la invalidez de esas cláusulas. Vivante: *Trattato di Diritto Commerciale*, 5.^a ed., núm. 497, y los autores allí citados.

(2) Cfr. Wieland: *Handelrecht*, II, pág. 230. Schlegelberger-Quassowski: *Aktiengesetz*, 2.^a ed., 1937, art. 114, núm. 3

yese ("principio viril"). Este fué el sistema seguido por el Código de Comercio napoleónico hasta la reforma introducida por la ley de sociedades de 24 de julio de 1867, que incorporó el derecho francés al sistema seguido en el resto del continente, que da al derecho de voto de cada accionista una extensión proporcional al importe de su participación en el capital de la sociedad (principio real o de la variedad de votos). Conforme a ese sistema, para la determinación del número de votos que corresponde a cada accionista se atiende al número de acciones y al importe nominal de las mismas.

El principio de la ecuación entre el número de votos y el importe nominal de las acciones está recogido expresamente en algunas leyes. Así en el artículo 1.^o de la ley francesa de 13 de noviembre de 1933 (1) y en el artículo 114 de la ley alemana (2). Allí donde la obligatoriedad de la regla proporcional no esté expresamente prevista por el legislador es evidente que los estatutos podrán seguir cualquiera de los dos sistemas que dejamos expuestos. Pero a falta de decisión estatutaria sobre este punto, habrá que entender que la sociedad se constituyó conforme al sistema proporcional, por ser este principio el único compatible con el carácter *intuitus pecuniae* que reviste la sociedad anónima. El voto por cabezas conduce al resultado poco equitativo de conceder el mismo influjo en los asuntos sociales al grande y al pequeño accionista, y sólo puede ser admitido en el supuesto de que al constituirse la sociedad se haya acordado así.

5. En la práctica, el principio de la proporción entre el número de votos y la participación del socio en el capital social no se mantiene siempre en toda su pureza. La proporción se quiebra con mucha frecuencia, bien porque los estatutos limiten el número de votos de que puede hacer uso el titular de varias acciones (fijando un tope máximo o reduciendo progresivamente los votos), bien porque, además de las acciones ordinarias, admitan otras del mismo valor nominal y con pluralidad de votos.

(1) El texto literal del precepto es el siguiente: "En las juntas de accionistas, el derecho de voto incorporado a las acciones será obligatoriamente proporcional a la cantidad de capital social suscrito que respectivamente representen, sin perjuicio de las limitaciones del número de votos de que pueda disponer un miembro de la junta, previstas en los artículos 27 y 31 de la ley de 24 de julio de 1867."

(2) El precepto no sólo dispone que el número de votos se determina según el montante nominal de las acciones, sino que en el párrafo 2.^o (transcrito literalmente en la nota 3 de la página 71) lleva a sus últimas consecuencias el principio de la proporción entre el voto y la aportación de capital.

El primer supuesto no plantea dificultades y está admitido como excepción de la regla proporcional en algunas legislaciones positivas. Así, en la ley alemana de 1937 (artículo 114) y en la ley francesa de 1933 (artículo 1.º). En aquellos países donde el postulado de la proporción entre el número de votos y el importe nominal de las acciones no está explícitamente incorporado a una norma legal (caso de España), no pueden existir obstáculos para admitir la validez de esas limitaciones en el número de votos de los singulares accionistas tenedores de varias acciones, porque, en definitiva, con ello ni se lesiona la naturaleza del derecho de voto, ni se rompe el principio de la igualdad de trato entre los distintos accionistas, siempre que la limitación se haga sobre una base común para todos ellos.

Mayor dificultad ofrece el tema de las acciones de voto plural, que no sólo rompen abiertamente con el principio de proporción tantas veces aludido, sino que lesionan gravemente, además, el dogma de la igualdad de derechos entre los accionistas, que es base ordenadora de la concepción legal de la sociedad anónima moderna.

Aunque las acciones de voto plural se conocían con anterioridad a la guerra europea de 1914, fué la commoción originada por ella la que les dió carta de naturaleza en el mundo de la sociedad anónima, desarrollándose con profusión en los países más afectados por la guerra, especialmente en Alemania. Se recurrió a esas acciones con el propósito de evitar que las empresas necesitadas de nuevos capitales pasasen a poder de personas extrañas (extranjeras en muchas ocasiones), permitiendo a los accionistas primitivos conservar la administración de la sociedad sin disponer de la mayoría del capital. Esta finalidad inicial de defensa de las empresas era francamente laudable, y, sin duda por ello, en un principio encontraron las acciones de voto plural considerable eco en la doctrina mercantilista. Pronto pudo observarse, sin embargo, que el uso de esas acciones daba lugar a fraudes y abusos por parte de administradores desaprensivos, que no vacilaban en utilizar el poder del voto plural para obtener el dominio absoluto en las juntas generales y conseguir la aprobación de combinaciones financieras en las que no era precisamente el interés de la empresa el que salía favorecido.

Esos abusos dieron lugar a que la doctrina se dividiese, entablándose una amplia polémica en la que, desde el punto de vista jurídico, se discutió la licitud de esas acciones y, desde el punto de vista económico, su conveniencia. En favor del voto plural se ha dicho que era el instru-

mento adecuado para dar estabilidad a la administración de las sociedades y defenderla del capricho y de la veleidad de los accionistas, que difícilmente pueden apreciar dónde está el verdadero interés y la conveniencia de la empresa; que sirven para defender a las sociedades emisoras contra la competencia de empresas rivales y más poderosas que pretendan adueñarse de aquéllas; que evitaban el peligro de que accionistas advenedizos hollasen los derechos de los primitivos socios; y, por último, se ha afirmado que el hecho de que el voto plural pudiera dar lugar a abusos y fraudes, no era bastante para prohibirle, porque no era admisible negar un derecho por la simple razón de que su titular pudiera abusar de él (1). En contra de las acciones de voto plural se han esgrimido fundamentalmente argumentos de carácter práctico basados en la desfavorable experiencia recogida al poco tiempo de ser empleados esos títulos en grandes masas (2):

En la actualidad esa polémica está prácticamente decidida, pues la corriente legislativa moderna marcha con paso firme contra las acciones de voto plural. Francia tomó la decisión de prohibir para el futuro la creación de esas acciones en la Ley de 29 de abril de 1930 (artículo 6.^o), y más tarde esa prohibición se extendió a las acciones ya existentes, con lo dispuesto en la Ley de 13 de noviembre de 1933, que al afirmar con toda energía el dogma de la proporción entre el número de votos y el valor nominal de las acciones (artículo 1.^o), y al ordenar que en el plazo de dos años las sociedades habrían de acomodar sus estatutos a lo establecido en la Ley (artículo 3.^o), decretó implícitamente la muerte de las acciones de voto plural creadas con anterioridad a la Ley de 1930 (3). Alemania prohibió esas acciones en la Ley de 1937 (artículo 12), si bien quedó facultado el Ministerio de Economía del Reich para autorizar las excepciones que aconsejasen la conveniencia de la empresa y los intereses de la economía nacional. Por último, Italia se decidió también a prohibir la creación de esas acciones en el vigente Código civil (artículo 2.351), aunque respeta aquellas emitidas con anterioridad a la publicación del mismo (disp. trans. 212).

(1) Entre los defensores más destacados, Gieseke: Obrs. cits. Netter: Ob. cit. Scialoja: Ob. cit. Con más tibieza, Péricerou, en las dos obras citadas.

(2) Impugnan decididamente la conveniencia de esas acciones, entre otros, Brodmann: Ob. cit., págs. 17 y sigs. H. Horowitz: *Schutz- und Vorratsaktien*, págs. 27 y sigs. Nussbaum: Ob. cit. R. Goldschmidt: Ob. cit., págs. 10 y sigs. Nell-Breuning: *Aktientarif und Moral*, 1930, págs. 16 y sigs.

(3) En ese sentido, Pic *Des sociétés commerciales Suplement*, 1937, pág. 47. H. Bosvieux: Ob. cit., pág. 17

En España, la emisión de acciones de voto plural no alcanzó el volumen ni la importancia que en esos otros países, y por ello el problema de su legitimidad y conveniencia no se ha presentado en términos agudos (1). En rigor, como el Derecho español no formula legalmente ni el postulado de la igualdad de derechos de los accionistas, ni el de la ecuación entre el derecho de voto y la participación en el capital social, no existen textos legales explícitos donde pueda fundarse la prohibición de esas acciones, razón formal en la que se apoyó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de marzo de 1936, para pronunciarse en favor de la validez del voto plural (2). Mas, si desde un punto de vista estrictamente formalista y positivo no se puede negar la validez de esas acciones, el hecho innegable de los abusos a que dan lugar, unido a la circunstancia de que su creación lesiona gravemente los dos principios básicos de la sociedad anónima moderna y al ejemplo de las modernas legislaciones extranjeras, que rotundamente se pronuncian por la desaparición del voto plural, son motivos suficientes—a nuestro juicio—para desechar que no se confirme ese fallo del Tribunal Supremo y que la doctrina se incline resueltamente contra esas acciones, teniendo bien presente que la prohibición de las mismas no significaría negativa aumentar las facultades de la administración, porque la posición de los administradores de las sociedades anónimas puede ser fortí-

(1) Sobre estas acciones en la doctrina española. Calvo Sotelo: Ob. cit., págs. 65 a 82. Ruiz Salas: "Derecho vivo de las sociedades anónimas: Acciones preferentes de voto plural" (en la *Revista de Derecho Privado*. 1942, págs. 633 y sigs.). "Juan Hurtado": Ob. cit. Garrigues: *Nuevos hechos...*, págs. 75 y sigs.

(2) El texto de la sentencia, en aquella parte que interesa, es el siguiente: "Considerando que, en cuanto a las características de dicha emisión de acciones privilegiadas, consistentes en el percibo de un dividendo del 7 por 100 acumulable, preferencia sobre el activo en liquidación y *mayor participación en el voto*, precisa examinar si su otorgamiento ataca la medula del pacto social o sus bases esenciales, o bien los particularísimos derechos que los accionistas antiguos ostentan como inseparables de su calidad de socio, sustraídos, por tanto, si no media su aquiescencia, del poder deliberante de las juntas generales y, como consecuencia de su ámbito resolutivo, únicas circunstancias que producirán la nulidad de los acuerdos adoptados sobre el caso, y adentrándose en el estudio del tema se observa, desde luego, que *ni el Código mercantil ni los estatutos referidos contienen un precepto que prohíba... que del derecho de voto sea obligado participar a todos los accionistas en proporción idéntica, y si además...*" "Considerando, además, que al otorgarles una mayor participación en el voto no se priva por ello del suyo a los antiguos accionistas, ni aun siquiera las acciones preferentes adquieren preponderancia bastante para ejercer, con los que les corresponden, el control social..., debe concluirse sentando que con ese acuerdo no se arrebató ningún derecho sustancial, ni de los llamados políticos, a los actores, ni se quebraron las bases fundamentales del pacto en lo referente a aquellos otros que encajan de modo perfecto dentro del orden económico, y que, por tanto, en nada alteran su esencia, constituyendo por ello, en definitiva, los tomados por la junta general una modificación estatutaria que cabe dentro de la amplia norma contenida en el citado artículo 168".

ficada por otros procedimientos menos peligrosos y que no dejen a la mayor parte de los accionistas huérfanos de protección y de tutela (1).

6. El derecho de voto no puede confundirse con el derecho de asistencia a las juntas generales. Entre ambos existen diferencias sustanciales. El derecho de asistir a las juntas es una especie de derecho anejo al derecho de voto, en el sentido de que la persona facultada para votar se halla implícitamente autorizada también para asistir a la junta general en que ha de emitir el voto. Pero el contenido de ambos derechos, es distinto e independiente. Si es cierto que no hay derecho de voto sin el correlativo derecho de asistencia a la junta, en cambio, sí es posible y hasta frecuente que se dé el derecho de asistencia sin que su titular se halle investido de la facultad de votar. Ocurre esto en la práctica de dos maneras: una, porque el derecho de simple asistencia a las juntas generales puede ser conferido por los estatutos a personas que no tengan la condición de socio y que, por tanto, no pueden votar (así, es frecuente que los estatutos sociales facúlten a personas que ocupan determinados cargos en la sociedad para asistir con voz a las juntas generales, y algunas legislaciones conceden ese derecho a los obligacionistas). Pero, además, puede darse esa situación en el propio accionista, que en ocasiones estará facultado para asistir a la junta, sin poder ejercitar en ella el derecho de voto. Ocurre así cuando el socio no cumple los requisitos o formalidades previos que los estatutos fijen para el ejercicio del derecho de voto. Entonces, el incumplimiento de esos requisitos, cuando no sean también condición previa para ejercitar el derecho de asistencia a la junta, sólo afecta a la facultad de votar, y no puede impedir que el accionista intervenga personalmente en las deliberaciones de la junta (2).

RODRIGO URÍA.

Profesor Auxiliar de Derecho Mercantil
en la Universidad Central.

(Continuará.)

(1) Con evidente acierto, Calvo Sotelo no estima aceptables las acciones de voto plural ni siquiera a título de resorte frente a las asechanzas fraudulentas de una sociedad rival, y afirma que existen otros caminos para garantizar la dirección de las empresas por manos españolas (ob. y loc. cit.). Garrigues dice que los motivos que determinaron la creación de esas acciones pueden considerarse desaparecidos, y que, en cambio, siguen siendo utilizadas como pretexto de manipulaciones realmente injustificadas y abusivas (*Nuevos hechos...*, pág. 78). "Juan Hurtado" se muestra partidario de una solución intermedia; propone la conservación de las acciones dentro de un sistema de límites que condicione cuidadosamente su concesión y su ejercicio (ob. cit.).

(2) Sobre la diferencia entre el derecho de voto y el de asistencia a las juntas generales, Vicente y Gella: *Las resoluciones de la asamblea general de una sociedad anónima*, 1932, núm. 36. Staub-Pinner: *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 12.^a-13.^a edición, 1926, art. 250, 17, y art. 252, 35.

La forma del negocio jurídico desde el punto de vista notarial

Reducir el contenido del Derecho notarial a lo que se llama Derecho notarial formal limitará sus horizontes, pero no disminuirá su importancia. Quedará, para el Derecho sustantivo, el amplio campo de las personas, de las cosas y de los hechos, que, al relacionar aquéllas entre sí o con éstas, hacen nacer los derechos, los modifican o extinguen. Pero quedará también terreno libre y exclusivo al Derecho notarial, que nos aleccionará sobre el cumplimiento de los requisitos y condiciones externas con que han de producirse esos hechos para que la relación nazca plenamente eficaz o, al menos—si la forma notarial es potestativa—, para que nazca con una fortaleza procesal y extraprocesal que sea garantía de eficacia.

Plantéase con ello, como problema preliminar, el de la forma jurídica que deben revestir los actos humanos para que produzcan efecto. Históricamente, este problema evoluciona partiendo del absoluto formalismo, para desembocar en el criterio de libertad de forma y revenir, en fin, en el momento presente, a una restauración de la tesis formalista, bien que reduciendo al mínimo los requisitos formales (especialmente en la contratación mercantil), para que la exigencia de determinada forma no pueda suponer una injustificada traba a la rapidez de la contracción.

a) *Evolución histórica de la forma del negocio jurídico: Roma.*— No es nada aventurada la opinión que formula Tarde y Cogliolo (1) al fundamentar la obligatoriedad del vínculo contraído en las sociedades primitivas en el temor de violar la promesa jurada hecha a los dioses. Sin embargo, y por lo que se refiere al Derecho romano primitivo o nacional, niega Von Mayr este origen religioso de la *sponsio* (fórmula primitiva coexistente con el *nexum*) : en la primera Era, la *sponsio* "no obliga a los peregrinos, pues la palabra *dari spondes, spondeo*, sólo tiene

(1) Cfr. Castán: *Civil Notarías*, ed. 1941-42, t. III, pág. 586

eficacia en boca de un ciudadano romano, mientras que el juramento a los dioses vincula también a los extranjeros" (1).

Sea o no cierto este origen religioso, y sea o no la *sponsio* una evolución de la fianza que el deudor contrae para convertirse en su propio fiador—como sostiene el mismo Von Mayr—, lo que es innegable es ese fenómeno común en la evolución de los diversos derechos históricos, que nacen *formalistas* y se desarrollan con tendencias formales o *consensualistas*. El *nexum per aes et libram* (préstamo real o figurado celebrado ante el *librepens* y cinco testigos con palabras solemnes), la *fiducia*, la *sponsio* o *stipulatio*, las transmisiones de dominio por la *mancipatio* o la *in jure cessio*—bastante anterior a la *traditio*, que corresponde al derecho pretorio—el contrato literal (evolución de la *expensilatio*, que es una inscripción en el libro-agenda de una suma entregada al deudor), son relaciones formales de la Era nacional del Derecho romano, únicas que, con los actos ilícitos (*delicta*) en general—en particular, *injuria*, *furtum* y *damnum*—son susceptibles de producir obligaciones.

Cierto que "el contrato mismo se halló desde el primer momento, como todo contrato obligacional, exento de formalidades. Sólo para dar lugar a responsabilidades requería un acto formal. El contrato, de por sí, no se hallaba sujeto a formas, pero, en cambio, no engendraba responsabilidad. Los negocios jurídicos que hacían surgir la responsabilidad, el *nexum*, la *fiducia* o la *sponsio*, eran actos formales (2). Este exagerado formalismo no se requiere solamente para el acto constitutivo de la obligación; se exige también para el acto liberatorio del deudor, que ha de hacerse con solemnidades formales (*aceptilatio*) para producir efectos extintivos de la obligación.

El formalismo de esta época es interno y externo. La forma decide los efectos jurídicos de un acto, con independencia de su contenido; y el acto celebrado en la forma legalmente prevista surte sus efectos —en gracia a la forma— independientemente de la voluntad de los que en el negocio actuaban. Ello explica, según Mayr, la validez de las estipulaciones celebradas por el niño—carente de voluntad propia—con la aprobación de su tutor; la necesidad de la intervención del pretor para atribuir efectos jurídicos al *dolus*—del que el *jus civile* no se preocupa-

(1) *Historia del Derecho Romano* Labor, 1926 t. I. págs. 204-205. Se inclina en favor de la tesis de la *sponsio* como fórmula de juramento Emilio Costa: *Storia del Diritto privato Romano*, Turín, 1926, pág. 336

(2) Von Mayr: Op. cit., I, 213.

ba—, y el que no fueran impugnables los negocios jurídicos *jocandi causa*, ni los celebrados con error sobre la existencia del negocio (1). Tales consecuencias resultaban contrarias al espíritu lógico del romano. Se comprende por esta razón que, como transformación del *nexum* y de la *mancipatio* (*fiduciae cause*), aparezcan los contratos reales, y más tarde, antes de finalizar la república, los contratos consensuales. Si a ello se añade la eficacia que se concede a los diversos pactos llamados *vestita*, se puede dar por consumada la evolución, muy lejana, del criterio formalista primitivo (2).

CONTRATOS PROTEGIDOS POR ACCIONES CIVILES DEL DE- RECHO CONSUEUDINARIO . . .	1.— <i>Obligationes quae re fiunt</i> (contratos reales) Su forma o solemnidad está en la entrega de la cosa.
	2.— <i>Obligatio quae verbis fit</i> (contrato verbal). <i>Sponsio</i> o <i>stipulatio</i> .
PACTOS	3.— <i>Obligatio quae litteris fit</i> (contrato literal).
	4.— <i>Obligationes quae consensus fiunt</i> (contratos consensuales: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato).
PACTOS	1.— <i>Pacta adjecta</i> (accesorios de los contratos de buena fe).
	2.— <i>Pacta praetoria</i> (sancionados por Edicto del Pretor).
	3.— <i>Pacta legítima</i> (sancionados por las Constituciones Imperiales).
	4.— <i>Pacta nuda</i> (actos <i>aformales</i> , desprovistos de sanción).

Esta transformación del primitivo formalismo se debe, sin duda, a la influencia del *jus gentium*. Pero no debe entenderse que el carácter formal desapareciera de modo absoluto del Derecho romano, ni siquiera en el Bajo Imperio. El pretor mismo no prescindió nunca por entero de la forma, aunque el formalismo del *derecho honorario* se caracterizará siempre por una "mayor flexibilidad" que el del *jus civile* (3).

Tampoco debe creerse que estas formalidades han de tener carácter notarial; por el contrario, produce efectos la sola pronunciación o escritura de la fórmula sin siquiera la asistencia de testigos (4): *Omnis stipulationes*—dice la Constitución del Emperador León del año 472—*etiamsi non solemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro con-*

(1) Op. cit., II; 119.

(2) Söhm, en sus *Instituciones de Derecho privado Romano* (Madrid, 1928, página 358), nos presenta una clasificación de los pactos y contratos en la época imperial que refleja el sentido de esa evolución.

(3) Sohm: Op. cit., 54 — Von Mayr: II, 121.

(4) Costa: Op. cit., 336.

sensu contrahemitum compositae sint legibus cognitae suam habeant firmitatem. La atenuación en el rigor de la formalidad oral, correlativa a la importancia creciente del documento entregado al acreedor en el que el deudor declara haber pronunciado la fórmula (*chirographum, cautio, instrumentum, scriptura*), es del mayor interés desde el punto de vista de la historia del instrumento público, ya que supone el triunfo—dentro siempre del criterio formalista—del *contractus qui literis fit* sobre la *obligatio verbis* (1).

La evolución puede darse por acabada en el Derecho romano bárbaro: el predominio de la forma escrita (*instrumentum*), que tenía el mismo valor *formal constitutivo* de la obligación que la *sponsio* antigua, sufre la embestida de las tendencias de los diversos súbditos del Imperio a los que se reconoce la ciudadanía romana, y como resultado de esta vigorosa reacción contra las tendencias de los jurisconsultos clásicos, el *instrumentum* acaba por ser considerado únicamente como medio de prueba de la obligación (2).

b) *Evolución histórica de la forma del negocio jurídico: Países germánicos.*—Semejante a la evolución estudiada en Roma es la que se produce en los países germánicos; con una diferencia importante, pues el último período—contrato formal escrito de valor probatorio, pero no constitutivo—no llega a ser conocido de los bárbaros, quienes, como dice Minguijón, extraños a las sutilezas de los juristas, no llegan a comprender la diferencia entre la formación del contrato y su prueba (3). Tampoco tiene el mismo carácter el formalismo romano que el germano, pues aquél era *real* y éste es *simbólico*. Tal simbolismo se comprueba por el empleo de la *festuca, virga, baculum, fustis o lignum*—varita o pequeño bastón que tiene una significación del poder que se transmite—o del *wadium* o *wadia*—objeto mueble sin valor—, que se entregaban como *prenda* de la promesa; pero no como prenda de valor patrimonial, sino de valor moral o figurado (4).

(1) Vid. Gneist: *Die formellen Verträge des neuer röm. Obligationen Rechts*. Berlín, 1845, págs. 321 y sigs.—Schupfer: "Singrafa e chirografi", en *Riv. Italiana*, VII, págs. 356 y sigs.

(2) *Lex romana Burg.* 14, 85. Vid. F. Messina Vitrano: "La litterarum obligatio nel Diritto giustinianeo". *Archiv. Giur.*, LXXX, 1908, y Ferrari: "L'obligazione letterale delle istituzioni imperiali". *Atti del R. Istituto Veneto*, 1909, LXIX, páginas 1.195 y sigs.

(3) *Historia del Derecho español*. Cfr. Castán: *Derecho civil*, III, 588.

(4) Planiol-Rippert: *Traité élémentaire*..., II, núm. 966.—Esmein: *Les contrats dans les très anciens Droit français*. París, 1883.—Viollet: *Precis...* 2.^a ed., páginas 594-602.—Minguijón: *Historia...*, I, 141.

Idéntico sentido simbólico tienen, por lo que se refiere a la *Gewere* y las transmisiones de propiedad la entrega de un arbusto o de un puñado de tierra; la dación solemne del guante o de la mano; el abandono del derecho del transferente saltando las tapias (*exitus*) o límites de la propiedad transmitida, y, en definitiva, la *Auflassung*, que no es, originariamente, sino una forma cómoda de investidura simbólica.

Desde el punto de vista formal, la contratación reviste en la práctica cuatro modalidades: la escritura o contrato *per chartam* (1), el contrato real con entrega de la cosa, el contrato simbólico y el contrato por juramento. Esta última modalidad representa ya la influencia poderosa del Derecho canónico, que también se había hecho sentir en la última época del Derecho romano. El principio moral de que en el fuero interno, o de la conciencia, son obligatorios los pactos aformales (*pacta quantumcumque nuda servanda sunt*), tiende a aproximar las esferas de recíproca competencia de la moral y del Derecho. El mejor Derecho será el más acorde con la regla moral. Mas hasta que este principio canónico triunfe—como triunfará, a no tardar—, es preciso que al pacto nudo se sobreponga un fuerte lazo moral—el juramento—que obligue a respetar lo acordado.

c) *La forma del negocio en el Derecho histórico español.*—El Derecho español visigótico y el posterior indígena están, evidentemente, influenciados por la tendencia formalista simbólica hasta la publicación del Ordenamiento de Alcalá—promulgado en las Cortes de Alcalá de Henares de 1348—. A juicio de Riaza y García Gallo (2), el Derecho español de la Alta Edad Media no conoce los contratos consensuales libres de forma; sólo son válidos los contratos solemnes. Pero no llegan por eso a creer estos autores—como opina Mayer—que la sola fuente de obligaciones fueran, como en el primitivo Derecho romano, el contrato real y el delito. Aunque solemnes, los contratos en que medie *arra*, *festuca* o *palmata* (apretón de manos), pueden tener carácter consensual. Cabe, sin embargo, destacar como inspirados en princi-

(1) Sirva esta oportunidad para salir al paso de la interpretación restringida que dió Maura, en el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, al principio *standum est chartae*. Semejante axioma del Derecho aragonés no debe tomarse solamente en el sentido de una regla de interpretación de los contratos escritos, sino también como tendencia a una *imposición de forma escrita*, de gran abolengo en Aragón, pues impuesta ya por el Fuero de Jaca de principios del siglo XII, parece haber sido ya anteriormente establecida; al decir de los historiadores locales, tal Fuero jacetano no hizo sino reiterar leyes o disposiciones que ya estaban vigentes por Fuero o uso.

(2) *Manual de Historia del Derecho español*, págs. 662 y sigs.

pios de espiritualismo jurídico o de *consensualismo* el Fuero de Soria y el Fuero Real (1). En el Fuero Juzgo no aparece formulado expresamente el principio formalista con carácter simbólico, pero sí exige la forma escrita, que en la compraventa y en la donación debe ir acompañada de la intervención testifical (2).

El Código de Partidas pretendió traer a nuestro Derecho el sistema romano y la clasificación de los contratos según los efectos o valor de la forma. Pero el Ordenamiento de Alcalá, en la Ley única del título XVI, sancionó el principio canónico—más conforme con la ley moral—de la validez de los pactos nudos: *Sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro e facer contrato con él.*

d) *Orientación actual en materia de forma.*—Desde un punto de vista exclusivamente moral, no puede negarse la superioridad del principio espiritualista sobre el formalista; mas en la constante aspiración del Derecho de aproxiñar su órbita a la de la moral, no puede llegarse a un resultado definitivo. En lo que se refiere a la forma, esta aspiración absoluta tiene que quedar frustrada por la compleja serie de relaciones y recíprocas ofertas y modificaciones de éstas que tienen que mediari hasta que se produzca una voluntad cierta y exacta sobre el contenido y los efectos del contrato. Obligaciones no concluidas formalmente, apoyadas en presunciones lógicas o en supuestos erróneos, obligarán en conciencia sin producir plenos efectos jurídicos, y, en cambio, relaciones civiles externamente perfectas no serán moralmente eficaces. Por otra parte, la obligación aformal, deseosa de respetar una voluntad no manifestada según un determinado molde legal, aunque persiga un beneficio de la justicia, en el terreno de los hechos puede producir —y con frecuencia produce—quebrantos del orden jurídico externo, en cuanto multiplica la acción contenciosa de los Tribunales de justicia.

Dejando de lado este terreno teórico, que olvida la imperfección moral del hombre y sus posibles inclinaciones a no cumplir lo ofrecido, en punto a los hechos interesa que la Ley no se mantenga indiferente sobre la forma que pueden presentar los actos jurídicos privados; para que los hechos humanos produzcan relaciones obligatorias, deben vestir determinados hábitos jurídicos, que en definitiva sirven para distinguir la preparación del contrato y su perfección o nacimiento jurídico.

(1) 2, I; II, 1.

(2) Libro V, tit. 24.

dico. El principio moral de libertad de forma del negocio jurídico es la fuente principal de la actividad litigiosa. Además, permite confundir —con ambigüedad que nada tiene de científica—los actos propiamente jurídicos con sus preliminares, con los actos de mera jactancia, con los realizados *animo jocandi* o con asentimientos de mera cortesía.

Por fortuna—en nuestra opinión, al menos—, en la práctica se está produciendo una vigorosa reacción en favor de la forma, porque se ha impuesto como sentimiento social la convicción de que la mayoría de los litigios—a salvo los que plantean cuestiones de derecho puro y no dependen de cuestiones de hecho—se producen, o bien por la ausencia de una forma externa que garantice la real existencia de una voluntad dirigida a un fin jurídico, o bien por una deficiente construcción—material o formal—del negocio.

Esa conciencia colectiva es la principal justificación de la importancia del Derecho Notarial y de la función del Notario. Y el movimiento legislativo parece seguir la corriente formalista, tibiamente apuntada en el artículo 1.280 de nuestro Código civil (1), que ha sido aplicado con sentido “consensualista” por nuestro Tribunal Supremo (2) y que está recogida con más vigor en las leyes mercantiles y en las disposiciones modernas de cierto carácter social (Seguros, Cooperativas, Arrendamientos, etc.) (3).

E. GIMÉNEZ-ARNÁU.

Registrador de la Propiedad

(1) Además de los actos enumerados en el artículo 1.280, tienen carácter *formal-solemne* en nuestro sistema civil el arbitraje y la amigable composición (arts. 792 y 828 ley de Enj. civil), el de la sociedad a que se aporten inmuebles o derechos reales (artículo 1.667 Cód. civil) y el de arrendamiento de fincas rústicas cuando la renta exceda de 5.000 pesetas (ley de 15 de marzo de 1935, art. 6.^º), sin contar otros actos de naturaleza no contractual, como el reconocimiento de hijo natural (art. 131 Código civil), la adopción (art. 179, ibid.) y la emanipación (art. 316, ibid.).

(2) En otra ocasión, cuando estudemos el valor procesal del instrumento público, tendremos ocasión de examinar esta posición jurisprudencial, apoyada equivocadamente en los artículos 1.278 y 1.279 del Código.

(3) El Derecho alemán, al que es obligada la referencia por su enorme trascendencia doctrinal, otorga rango formal a los siguientes actos:

Con forma escrita privada: los arrendamientos de uso y disfrute que duren más de un año (566 y 581), la promesa de renta vitalicia (761), la asunción de fianza (760), la promesa de deuda y el reconocimiento de deuda (780 y 781), la aceptación de la delegación, asignación o *Anweisung* (784), las obligaciones al portador (793) y el negocio fundacional (81).

Y con forma pública, judicial o notarial: las obligaciones de transmitir el patrimonio o una cuota del mismo (311), el contrato entre futuros herederos sobre cuota legal o sobre legítima (312), la obligación de transmitir la propiedad de un inmueble o de conceder un derecho de superficie (313), la venta de la herencia (2.371) y la promesa de donación (518).

La irretroactividad en el Derecho medioeveal español

Si se considera en esta materia el Derecho romano, aparece claramente el relieve con que se destaca el hecho de que, aun un Derecho de tan rica y poderosa técnica y tan adelantado como el romano, el problema de la retroactividad de las leyes sólo es directamente enfocado en su período de gran codificación. Aun precedido por siglos de poderosa vida y actividad jurídica, sólo hasta que la codificación, con sus reformas, lo impone en la misma Roma, patria del Derecho, es cuando se dan ya declaraciones genéricas pretendiendo reducir a reglas los casos dispares a que habían atendido los juristas cuyo Derecho había recogido la recopilación justiniana.

Los germanos nos hacen retroceder al período de ordenación consuetudinaria, falto de leyes escritas, período del Derecho no elaborado por órganos y especialistas, sino directamente nacido en el pueblo y aun relacionado real y directamente con la comunidad popular (1).

Si recobra con ello vigor el Derecho consuetudinario, no debe sorprender que sean objeto del mayor respeto las costumbres; bien lo prueba el juramento de respetarlas que, según Gregorio de Tours, hizo Cariberto a la muerte de Clotario, así como el Edicto de Luiprando, c. 118, que dice: "Propter consuetudinem gentis nostrae Langobardorum legem ipsam vetare non possumus" (2), y, según Affolter, los reyes y caudillos germanos estaban mucho más obligados que los emperadores romanos a mantener la antigua ordenación jurídica, en ellos consuetudinaria.

(1) R. Schröder: *Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte*, 3.^a ed. Leipzig, 1898.

(2) F. Affolter: *Geschichte des Intertemporalen Privatrechts*. Leipzig, 1902. página 118.—P. Roubier *Les conflits de lois dans le temps*. 2.^a. París, 1929-1933, I, pág. 83.

Cuando se empiezan a dar leyes, éstas se darán con intervención del pueblo y tienen carácter de una especie de contrato, diciéndose en el prólogo de la Ley Sálica: "Placuit atque convenit inter Francos et eorum proceres", e igual carácter tienen en otros pueblos, como los visigodos (1), alemanes, burgundas y ripuarios, por lo que, dada la intervención de todos en su gestación y formación, no parecía necesario un Derecho intertemporal (2).

No debe, pues, sorprender el que no haya en esta materia aportación genuina del Derecho germano. Este, que tan vivo y fuerte nos aparece en sus peculiares instituciones, que aporta o hace revivir un rico material de formas, y a cuyoconjuro, rompiendo la capa impuesta por la superior cultura jurídica romana, se levantan instituciones y formas vivas aun en la entraña de los pueblos colonizados y dominados por Roma, haciéndolas resurgir, bien directa e independiente-mente, bien ensambladas y fundidas con las más semejantes, por su origen y estado cultural, de los nuevos conquistadores, cuyo Derecho no tiene disposiciones especiales sobre la retroacción y cuestiones a que da lugar la reforma del Derecho.

El Derecho germano, como el posterior y aún más atrasado eslavo, es aún un Derecho casi primitivo, sin reducir a forma escrita, vivo en la tradición y usos de cada una de las colectividades de la llamada emigración de los pueblos. Conocidas son las luchas y el fruto civilizador de ellas de servios, búlgaros y rusos con los emperadores bizantinos, y, al fin, la imposición a los eslavos de un alfabeto y una religión: el cirílico y la cismática griega. La Biblia penetra en las llanuras rusas, como antes en los bosques germanos y en las islas británicas.

Sólo después de un largo contacto con la superior cultura romana, y tras las compilaciones bárbaras de leyes romanas, como la Lex Bai-viorum y nuestro mal llamado Breviario de Aniano, van surgiendo las codificaciones o redacciones de los pueblos seminómadas, burgundas, sajones, longobardos y, para honra nuestra, la más adelantada de todas, la de los visigodos (3), así como el más sabio de dichos legisladores, Recesvinto.

(1) Recesvinto (F. J.), 5, tít. I, lib. I.

(2) Affolter: Ob. cit., págs. 116-145.

(3) Martínez Marina: *Ensayo históricocritico sobre la antigua legislación...* Madrid, 1808, págs. 143 y sigs.—J. M. Manresa Sánchez: *Historia legal de España*. Madrid, 1841, pág. 71.—R. de Ureña: *Historia de la literatura jurídica española*. I, vol. 2.^a Madrid, 1906. III, págs. 5 y sigs.

El Código de Eurico es el más adelantado de su época, influído por cultura romana; sirve en muchos puntos de modelo y es copiado por los burgundas, los longobardos y otros pueblos, y hasta por Carlomagno (1).

Martínez Marina dice que es un cuerpo legal infinitamente superior a los que se publicaron en su tiempo, en las nuevas sociedades políticas de Europa. La Serna y Montalbán (2), que si se le examina imparcialmente, no puede menos de confesarse que es en alto grado superior a los demás códigos de los bárbaros, y Durkheim (3), que, comparado con ellos, revela el Código visigodo ser de un pueblo más culto.

Fuera de su aportación de una nueva realidad jurídica, los germanos no se permiten innovar en el Derecho romano, que empieza a imponérseles como superior desde el primer contacto hasta que llegue a producir la extraordinaria realidad histórica que se ha llamado "recepión del Derecho romano".

Carlomagno intenta, con ayuda del Papado, restaurar el Imperio romano, pero el nuevo Imperio está informado de un espíritu religioso totalmente desconocido por la Roma imperial, de tal modo que, según Davis (4), para las mejores inteligencias del siglo VIII aparecía el Imperio romano, no como para Ataulfo y Teodorico, una obra maestra de gobierno humano, sino más bien como una institución divina, creada providencialmente, antes del nacimiento de N. S. Jesucristo, para instruir a las naciones en el gobierno universal de la Iglesia. De esta nueva visión y de la cooperación del nuevo Imperio y la Iglesia Católica surgió la idea de la "translatio Impérii romani".

Aunque el Imperio carolingio duró poco, sirvió, no obstante, para salvar la idea imperial, y así se denominó Derecho imperial, en Alemania, no sólo a las leyes imperiales, sino al "corpus iuris justiniiano", al que se agregaron en la época feudal una "collatio novellarum", disposiciones estas últimas que, como las romanas, fueron glosadas por Ácurio y Jacobo Columbo (5).

Del dicho Imperio franco-germano distingue Affolter: "Capitularia addenda o pro legibus tenenda", que se suponía expresaban Dere-

(1) Affolter: Ob. cit., págs 129, 131, 135, 139 y 149.

(2) Reseña histórica. Madrid, 1851, I, pág 84.

(3) *De la division du travail social*. París, 1908, pág. 116.

(4) H. W. C. Davis: *Europa medieval*, pág. 49.

(5) Affolter: Ob. cit., pág. 164.

cho eterno y, como el Derecho público, no podían alterarse sino por un nuevo pacto de la Corona y el pueblo; "Capitularia per se scribenda", cuya eficacia y duración pende de la vida del monarca-legislador que las dictase, y "Capitularia missorum", que no establecen ningún Derecho permanente ni estable, sino que contienen ordenamientos e instrucciones para cuestiones especiales, en su mayor parte administrativas.

En el Derecho longobardo, donde, como en el franco germánico, el Derecho público se consideraba también como eterno, se distinguía el tal Derecho público ("edictum") y el Derecho real ("noticia-capitula in breve") (1), que era variable por disposición de los monarcas posteriores. "Post autem nostrum decessum, qui pro tempore princeps fuerit, faciat sicut ei Deus inspiraverit aut rectum sicut secundum animam suam providerit."

El germano aporta, aparte de sus peculiares instituciones, una nueva concepción de la Ley en su gestación, pronto también formalmente sumergida por la de la legislación imperial, pero materialmente viva en las Cortes, en que, tras los Concilios, revive, pero no modifica la doctrina ya triunfante en Roma sobre la reformabilidad del Derecho positivo, y aunque no sea aún por la existencia de verdaderos derechos adquiridos personales, tampoco altera la de la no retroactividad de las leyes, y ello acaece porque en dicho campo, nada genuinamente suyo, como en el de sus instituciones propias, puede oponer a los dos maestros, que por su grandeza y cultura se le imponen.

El primero, la Iglesia, que aparte de su grandeza espiritual en lo mundano, como con razón dice Taine (2), desde la invasión, durante más de quinientos años salva lo que aún puede salvarse de la cultura; y el segundo, el Derecho romano, escrito ya y plenamente maduro al tiempo de los primeros contactos de la República con los germanos y codificado antes de la consolidación de las conquistas de éstos. Porque si en el campo jurídico propio pudo haber, y la hubo, lucha de instituciones como propiedad y dominio romano con la propiedad germana, posesión "contra genere", "saisine", etc., o incomprendión por parte de los germanos, por ejemplo, del testamento romano, en el punto más abstracto del concepto e idea del Derecho como dinámico

(1) Affolter: Ob. cit., págs 118 y sigs. y 143 y sigs.

(2) H. Taine: *Los orígenes de la Francia contemporánea*. Tomo I: "El antiguo régimen", pág. 10.

y en el respeto del Derecho personal, ya naciente, no sólo no hay oposición, sino que el germano injerá en el ciudadano la fuerte personalidad del guerrero del Norte. No nos extrañe, pues, que los derechos germánicos silencien las declaraciones genéticas; pero, con el principio de las leyes personales, respetan el derecho de la persona, y en el ya Derecho común, cuando se dicta para romanoprovinciales y germanos, a lo más contiene declaraciones de que se aplicará sólo en el futuro a los que vengan después del legislador.

Sin embargo, cuando, aunque no en nuestra materia, hacen alguna declaración, son a veces tan acertadas y tan bellamente expresadas, que con orgullo podemos copiar los requisitos que debe reunir el legislador, según nuestra Ley, que puede servir de modelo: "El fazedor de las leyes mas deue ser de buenas costumbres, que de bella fabla; que los sos fechos se acuerden mas con la verdad del corazon que con la bella palabra, e lo que dixiere mas lo deue demostrar con fechos que con dichos, é ante deue cuidar lo que ha de dezir, que dezir lo que ha de fazer" (1).

A veces, el legislador señala un punto de partida al imperio de la innovación o reforma. Así, Recesvinto, el de dos años de la muerte de su padre, Chindasvinto, o el primero de octubre del 655. En el texto latino, el capítulo se encabeza: "De tempore quo debeant leges emendatae valere." En el Fuero Juzgo, en la ley 1.^a, tít. 1.^º, libro II, se dice: "Estas leyes que nos enmendamos é las que facemos nuevamente é ordenamos é publicamos segun se hallan en este libro y serie de sus titulos tengan valor y queden obligados a ellas todos nuestros subditos desde el año segundo de nuestro reynado y dia doce de las Kalendas de Noviembre"; y en la ley 2.^a, ed. tít.: "Damos leyes en sembla para Nos é para nuestros sometidos, á que obedezzcamos Nos. e todos los reyes que vinieren despues de Nos é tod el pueblo."

El principio de la renovación del Derecho según las circunstancias, a pesar de darse la Ley para siempre, aparece reconocido en la ley 12, título 1.^º, libro II: "Puede ennader leyes, segund cuemo los pleytos avinieren de nuevo", estando en la legislación goda expresamente reconocida la necesidad de acomodar el Derecho a la situación real, porque el Derecho varía. "Lex erit secundan consuetudinem ciuitatis, loco temporique conveniens" Así, al establecer la legítima (2)

(1) Ley 5, tít. 1, lib. I, Fuero Juzgo.

(2) Ley 1, tít. 5, lib. IV

"bienes que pertenecen por natura", dice "quando nos entendemos algunas cosas mal fechas, deuemos poner termino a las que son de venir... e mandamos por esta ley, que se debe guardar, *d'aqui adelantre* que ni los padres ni los avuelos non pueden fazer de sus cosas lo que quisieren, ni los fiíos ni los nietos non sean deseredados de la buena de los padres e de los avuelos...".

El nuevo Derecho se aplica al presente y al futuro; lo pasado, asuntos y causas pasadas, se rigen por el Derecho antiguo. En las en tramitación deben concluirse por la Ley nueva, pero puede admitirse, como prueba, la Ley antigua; los ya conclusos no pueden plantearse de nuevo, y respecto a ellos puede invocarse el Derecho anterior. Recesvinto, el Justiniano godo, como le ha llamado Helsferich, conocedor del Derecho intertemporal, como dice Affolter, reconoce la sumisión a la Ley antigua de las "pasadas causas" (1), sin que, como hemos dicho, las conclusas o ya terminadas puedan resucitar (2).

ANTONIO MARÍN MONROY.

Notario.

(1) Ley 9, tít. 1, lib. II: "Ninguno de nuestro reyno presente en juicio otro libro legal sino este que ahora se ha publicado o algun traslado suyo, en la misma forma, serie, tenor y orden de leyes; y el que presente al Juez otro libro, pechará al fisco XXX libras de oro, y el Juez, si dilatare romper semejante codice prohibido, quedara obligado a la misma pena; pero excusamos de ella a los que hicieren uso de otros libros legales, no para impugnar nuestras leyes, sino para comprobar o confirmar las pasadas causas."

(2) Ley 12, tít 1, lib. II. "Los principes an poder de ennedar leyes... e los pleytos que son ya comenzados, e non son aun acabados, mandamos que seyan terminados segund estas leyes. E los pleytos que eran ya acabados, antes que estas leyes fuesen enmendadas, segund las leyes que eran fechas ... nos mandamos que en ninguna manera sean de cabo demandadas."

El derecho de sucesión real en España y el Principado de Asturias (*)

V

La Casa de Borbón introduce en nuestra patria un régimen centralizador de tipo francés, a cuya implantación coadyuvan providencialmente las rebeliones de Cataluña, Aragón y Valencia contra Felipe V, que sirven de pretexto para cercenar libertades antiguas y dar con ello un primer paso en el camino de la uniformización nacional.

Desaparecida prácticamente la personalidad de las regiones y abdicadas éstas de sus viejos fueros políticos, se comprende que no ofrecería peligro ninguno, antes bien ventajas indudables, el honrar a una determinada de ellas haciéndole servir de real o ficticio mayorazgo al heredero del Trono, ya que este honor no movería el recelo de las restantes, por considerarse todas miembros de un único cuerpo, o, por lo menos, intuirse en vías de llegar rápidamente a serlo.

Por esta razón, fortificada con el ejemplo de Francia, en donde los herederos recibían el nombre de Delfines, la Casa de Borbón levanta de su decaimiento al Principado de Asturias, devolviéndole su rango perdido de institución auxiliar del Derecho sucesorio.

Es natural, además, que una dinastía extranjera trate de consolidarse utilizando los elementos más típicamente nacionales del país donde llega a reinar, siempre que éstos no se encuentren en franca pugna con sus ideas sobre la gobernanza del Estado. En virtud de este principio incontestable, vemos que dos españolísimas instituciones de Derecho público, las Cortes y el Principado de Asturias, sufrieron, al advenimiento de los Borbones, suertes muy diferentes, por oponerse la una al nuevo absolutismo que iba a implantarse, y favo-

(*) Véase el número anterior

recerle, en cambio, indirectamente la otra, no sólo sin mengua, sino con aumento de la tradición española.

Por otra parte, es poco lo que este moderado siglo XVIII, de pacífico orden en la sucesión real, aporta a la calificación jurídica del Principado de Asturias, como no sea este hecho de volver a poner la dignidad en primer plano, extrayéndola en su valor íntegro, con erudita e interesada oportunidad, de la historia de la Edad Media, y entregándola a los debates de los legisladores y discutidores del siglo siguiente.

Hemos de señalar que esta restauración de la importancia de la dignidad llevada a cabo por Felipe V, retrotraía la situación de la misma a la época de los Reyes Católicos y no incluía, por tanto, Mayorazgo efectivo sobre Asturias, con poder de jurisdicción y de percibimiento de impuestos.

La primitiva voluntad del monarca era revalidar, sin mutilaciones de ninguna especie, la significación antigua del título, como lo reclamó, probablemente a instigación paterna, el Príncipe Don Luis. Pero la pretensión fué informada desfavorablemente por el Consejo de Castilla, cuyo criterio, representativo de una política más realista que la del monarca extranjero, veía, razonablemente, mal una infeudación anacrónica e inútil. Además, la medida respondería, seguramente, a la predilección de Felipe V por Castilla, la región que siempre le fué fiel, y hora era de cicatrizar, con un trato político igualitario, las heridas de la pasada guerra.

Luis I, Fernando VI, Carlos IV y Fernando VII utilizaron, antes de subir al Trono, el título de Príncipe de Asturias, con preferencia a los restantes de que gozaban.

VI

Hemos ido siguiendo paso a paso, desde la lejanía del siglo XIV, la marcha de un delgado hilo en la trama del Derecho público español. Vimos cómo periódicamente se oculta o aparece, adquiriendo unas veces una importancia inusitada, y otras perdiéndose casi la memoria de su existencia.

Hasta ahora, sin embargo, ha sido la práctica la que ha moldeado, con arreglo al capricho de las manos de los diferentes monarcas, los contornos de esta institución política, haciéndola unas veces ser toda espiritual y simbólica, y añadiéndole otras la materialidad de una

tierra en la que es preciso administrar justicia y recaudar impuestos. En ninguna Real Cédula ni pragmática—excepto el albalá fundacional de Tordesillas, de índole más bien práctica que teórica—se sujeta esta proteica institución a unos límites y características precisas que suspendan el proceso de transformación que padece.

Se ha preferido para ella la oscuridad de unas reglas consuetudinarias inconcretas y susceptibles de interpretaciones múltiples, a la claridad de unas disposiciones legales que valientemente la enmarcaran, sin dejar lugar a diversidad de criterios. Ha sido víctima, pues, del nunca bastante anatematizado delito de la cobardía del legislador, que ve fluir ante él el río de muchos fenómenos jurídicos, sin atreverse a construir férreas esclusas en la corriente.

Consecuencia de este temor ancestral a dictar leyes acerca de nuestra institución es que, llegados los tiempos modernos, que viven bajo el signo y aun la obsesión del Derecho escrito, se había formado en torno a ella una maraña de prácticas contradictorias, ante la cual los historiadores y legistas contemporáneos quedaron perplejos, sin saber cómo reducir a una doctrina única aquel caos de elementos contradictorios.

Este es, pues, el gran problema que el siglo XIX intentó en vano resolver, dictando y prometiendo con entusiasmo disposiciones en uno u otro sentido, pero adulterando también la obra del historiador y del jurisconsulto con apasionamientos políticos censurables.

Las Constituciones españolas, desde la gaditana de 1812 hasta la de 1876, vigente al advenimiento de la República, parecen remediar, en el decurso de un siglo escaso, toda la historia de luz y sombra que desde el siglo XIV hasta hoy ha tenido el Principado de Asturias. La primera de ellas trata extensamente de la dignidad asturiana, como corresponde al espíritu seudotradicionalista de sus elaboradores, fácil de demostrar en una institución tan inofensiva para los principios liberales como la que estudiamos.

Omiten totalmente su mención las Constituciones de 1837 y 1845, que se limitan a hablar del sucesor de la corona. La Constitución de 1869, compuesta por los triunfadores de la Revolución de septiembre, nombra al Príncipe de Asturias, disponiendo que debe prestar juramento a los dieciocho años de edad. La Constitución de 1876 vuelve a guardar absoluto silencio.

Se ha sostenido que la omisión hecha en las últimas Constitucio-

nes citadas de cuanto se relaciona con el carácter del Principado de Asturias, no equivale a una anulación de lo dispuesto por las Cortes de 1812. Solamente pensando así se explica la aparición, en 1850, de un importante Real Decreto, que abre, precisamente en la fecha inicial de la segunda mitad del siglo, la controversia pública sobre el tema.

Pero, antes de entrar en el examen de esta disposición legal, veámos cómo el oscuro dominio de las prácticas inestables, que había contribuido en las centurias precedentes a desfigurar totalmente la faz de la institución, se adentra como en guerrilla por los años iniciales del siglo XIX, provocando nuevos entorpecimientos y detenciones en la cristalización jurídica incoada.

Si bien no tuvo en España el derecho de sucesión real de las hembras la enemiga constante que tuvo, por ejemplo, en Francia, siempre fué aceptado condicionalmente y en evitación de posibles luchas dinásticas.

Conforme a este criterio medio—muy lejano, desde luego, al espíritu de la Ley Sálica, pieza postiza en nuestras instituciones políticas—debe ser valorado el alcance de una institución que, sin haber estado nunca sometida a cánones precisos, vive en calidad de auxiliar del régimen hereditario. La verificación de este enjuiciamiento ocupará algunos de los párrafos finales de nuestro estudio.

Limitándonos ahora al carácter que haya tenido el título en la práctica, durante el período del siglo XIX anterior, al que pudiéramos llamar polémico, vemos que en su formación ha influenciado un fenómeno psicológico que, aunque común a muchos otros órdenes de la vida, se acusa con mayor importancia en las cuestiones de Derecho, y, entre ellas, especialmente en las de Derecho político. Cuando se enfrentan dos tendencias opuestas y mantienen una pugna prolongada, ocurre, generalmente, que al final de ella, lejos de haberse aproximado los puntos de vista, los encontramos desmesuradamente distantes en relación a las respectivas posiciones iniciales.

Opuestas, en nuestro caso, las ideas españolas sobre la sucesión real, que concedían a la Reina niña Isabel II perfecto derecho al trono, a las ideas francesas, importadas por Felipe V y paradójicamente defendidas por el partido tradicionalista, que se lo negaban, ocurrió lo que había de ocurrir: que unos y otros exacerbaron y distendieron sus respectivos criterios, arrastrando en ese movimiento a la institución del Principado de Asturias.

Los liberales, deseosos de afianzar la Monarquía en la joven descendencia del absolutista Fernando VII, fácil de moldear conforme a sus principios políticos, frente a la intransigencia madurada e imposible de torcer de Don Carlos María Isidro, echaron mano rápidamente de los recursos que la Historia les ponía a su alcance, para vincular la Corona en la rama objeto de sus predilecciones.

Como el Principado de Asturias, aunque de dudosa importancia, servía maravillosamente a su propósito, invistieron de él, por la mano inconsciente de Fernando VII, a la recién nacida Infanta. Dice el Decreto en que esto se dispone que "se la tributarán honores de tal Princesa de Asturias, por ser heredera y legítima sucesora de la Corona".

Veinte años después de hecha la concesión del Principado a la Princesa Isabel, cuando ésta ya era Reina desde largo tiempo antes, se promulga el Decreto de que hacíamos mención más arriba, sancionando la conducta seguida por Fernando VII en la concesión de la dignidad (1). En contra o en favor de dicha disposición se levantó inmediatamente un clamoreo de voces eruditas, entre las que nos interesa recoger, por su autoridad, la del sabio primer Marqués de Pidal, que dice, en su artículo del diario *La Epoca* del 1.^º de junio de 1850, lo siguiente: "El R. D. expedido por nuestra Reina, y que sólo ha podido expedirse por la omisión de la Ley constitucional en este particular, resuelve la duda que nuestros publicistas modernos han abrigado sobre si el título de Príncipe de Asturias, que llevan los herederos de la Corona de España desde los tiempos de Don Juan II, era aplicable a las hembras, después de las vicisitudes legales por que de siglo y medio a esta parte ha pasado la sucesión de la Monarquía. Que en lo antiguo lo era, es caso fuera de toda duda. Aunque, por el Auto acordado de Felipe V, el título, como la sucesión, quedó limitado a los varones, sin embargo, restablecidas hoy en este punto las antiguas leyes de la Monarquía, parece natural que las hembras que son llamadas a suceder lleven el título anejo a la sucesión. El R. D. es, por lo tanto, una interpretación de la Ley fundamental, y el futuro heredero de la Corona, sea varón o hembra, tomará el título del Principado de Asturias" (1).

(1) Real decreto de 26 de mayo de 1850. "Disponiendo que se denomine Príncipe de Asturias al inmediato sucesor a la Corona de España."

"Presidencia del Consejo de Ministros.—Teniendo presente lo establecido por mis augustos predecesores y la costumbre antigua de España sobre la categoría que deben

Creemos que padece la opinión expresada en este pasaje del error común de que hablamos anteriormente. Se intenta retrotraer una institución a una calificación jurídica perdida, sin percatarse de que dentro de esa calificación caben numerosos matices, máxime si no ha contribuido a la fijación de ella doctrina legal alguna.

Pero bien o mal, el problema quedaba resuelto, y no había de resucitar hasta años más tarde, cuando la provincia de Asturias eleva a Don Alfonso XII una representación solicitando que, en virtud del Decreto de 1850, se proclamara Príncipe de Asturias, fuera varón o hembra, al hijo que se esperaba del alumbramiento de la Reina Doña María Cristina.

Cánovas del Castillo se opone a dicha representación y presenta a la firma del Monarca, el 22 de agosto de 1880, un documentadísimo Decreto, cuyo examen y crítica será objeto del último capítulo de este estudio.

VII

Ante el apremio por resolver la delicada cuestión del Principado de Asturias antes del nacimiento del nuevo Infante, Cánovas del Castillo confecciona y somete a la Real firma el Decreto citado.

La primera frase del preámbulo, contundente y clara, revela ya el tema en torno al cual se ha de desenvolver la larga prosa siguiente: "Señor: El derecho de sucesión a la Corona nunca ha estado forzosamente unido en España al título de Príncipe o Princesa." Continúa el preámbulo con una exposición histórica en la que el legislador se ciñe excesivamente a demostrar la no necesidad de que la hembra sucesora del Trono lleve título de Princesa, olvidándose un tanto, sin duda por la imposibilidad del propósito, de hacer igual demostración respecto a los varones.

Los hechos aducidos en esta parte del prólogo del Decreto son fundamentalmente los mismos de que hemos dado noticia en los capítulos precedentes.

disfrutar los Príncipes sucesores inmediatos a la Corona, de conformidad con lo propuesto por el Consejo de Ministros, vengo en decretar:

Artículo único Los sucesores inmediatos a la Corona, con arreglo a la Constitución de la Monarquía, sin distinción de varones o hembras, continuarán denominándose Príncipes de Asturias, con los honores y prerrogativas que son consiguientes a tan alta dignidad.

Dado en Palacio, a 26 de Mayo de 1850. (Está rubricado de la real mano.)—Refrendado.—Presidencia del Consejo de Ministros: *El Duque de Valencia.*"

Tras de varios párrafos de condensada doctrina, cree Cánovas demostrado "que el título en virtud del cual se ha heredado siempre y se hereda hoy la Corona no es otro que el de inmediato sucesor, tal y como estaba éste definido en nuestras antiguas leyes". Pero a renglón seguido, tratando de restaurar precariamente los atacados privilegios de la dignidad, reconoce que ésta es venerable, insigne y digna de no ser considerada con ligereza, aunque sus orígenes sean turbios por lo poco conocidos, y algo limitada su importancia en ellos, por extenderse solamente a los varones. Reconoce que, más tarde, se aplicó la denominación a las hembras, pero con la diferencia esencial de que los varones disfrutaban de ella desde el punto y hora en que nacían, y las hembras tan sólo si las proclamaban sus padres herederas, a falta de varones, convocando, para que les jurasen fidelidad y pleito homenaje, a las Cortes del Reino.

Considerando después Cánovas del Castillo pulverizadas o poco menos las presuntas altas prerrogativas del título, afecta darle como merced gubernamental, y no como obra de justicia histórica, la calidad de denominación oficial de los primogénitos, en razón de ser el más antiguo de los creados al efecto en España.

El Decreto de 1850 es luego objeto de los no absolutamente injustificados ataques de Cánovas, que expone al Monarca la conveniencia de su derogación inmediata.

Finalmente se soslayan dos censuras que, a falta de razones históricas convincentes, cree el ministro que se podrían oponer a la adopción de las medidas propugnadas. La primera de ellas se fundaría en la aparente contradicción que resulta entre las opiniones que expresa el firmante del Decreto y la Real Orden de 24 de marzo de 1875, firmada por él mismo, concediendo a la Infanta Isabel Francisca, hermana mayor de Don Alfonso XII, el título de Princesa de Asturias, en conformidad con el Decreto de 1850, que precisamente ahora se ataca.

Cánovas sortea bizarramente esta objeción, haciendo notar que las especialísimas circunstancias en que la Corona de Don Alfonso XII se encontraba a raíz de la Restauración, justificaban el haber dado un paso legal quizás en falso, pero muy oportuno, dadas las circunstancias, con el que provisionalmente se afianzaba la Monarquía, dotando de un sucesor, honrado con todas prerrogativas del tal, al Soberano, ya que éste no estaba aún en edad de contraer matrimonio y tener descendencia directa.

Sin embargo, el texto de la Real Orden de 1875 parece revelar en su redactor un convencimiento absoluto de que obra conforme a la tradición nacional, rectamente expresada en el Decreto de 1850, y no el propósito de promulgar una disposición de circunstancias. Si hubiera sido éste el único móvil que le guiara, Cánovas del Castillo hubiera pasado como sobre ascuas sobre el Decreto de 1850. Por eso creémos que es innegable alguna evolución ideológica a este respecto del ilustre estadista.

La segunda objeción que cree Cánovas que puede hacerse a su Decreto es la de la supuesta inutilidad de volver a tratar un punto bien o mal resuelto anteriormente. La rebate de un modo algo desviado y extemporáneo, haciendo consideraciones generales sobre la conveniencia de separar los conceptos de sucesor al Trono y de Príncipe, y preludiando, envueltos aún en consideraciones históricas, los breves artículos que en la parte dispositiva regularizan la institución.

La doctrina general del Decreto de 1880 queda expresada en sus tres principales artículos:

1.^º "Los hijos varones del Monarca reinante que, conforme a la Constitución del Estado, fueren inmediatos sucesores a la Corona, continuarán gozando, desde que nazcan, del título de Príncipes, y usarán la denominación de Príncipes de Asturias."

2.^º "Los demás Infantes e Infantas que fueren inmediatos sucesores a la Corona, podrán llevar también el título de Príncipes o Princesas de Asturias; pero solamente cuando dicha dignidad les sea otorgada por el Rey, en virtud de su constante prerrogativa, expresamente reconocida en la Constitución del Estado."

3.^º "A los Infantes o Infantas inmediatos sucesores a la Corona se les harán, mientras lo sean, los mismos honores establecidos para los Príncipes de Asturias, de conformidad con lo que se dispuso por Real Decreto de 13 de octubre de 1830 respecto a mi augusta Madre Doña Isabel II después de su nacimiento."

Se dispone, además, que se comunique a la Diputación Provincial de Asturias las disposiciones contenidas en el Decreto, y que los comisionados de la región sólo pudieren asistir a la presentación del recién nacido, si fuere varón.

El preámbulo del Decreto de 1880 es, en opinión de Canella, "una extensa excursión, y con frecuencia gratuita, por el campo de la Historia".

Un solletista anónimo, por su parte, llega a decir de él que es "una violación flagrante del Derecho en el terreno jurídico; una absurda ingerencia en las facultades propias y peculiares del Poder legislativo; un atropello de sagradas y tradicionales prerrogativas de carácter legal que asisten a la provincia de Oviedo; un verdadero atentado al Derecho constituido y un solemne desprecio a las atribuciones del Parlamento".

Considerando la cuestión apartados de los apasionados extremos de estos publicistas, creemos que, en general, el Decreto de 1880 recoge y ordena una serie de hechos históricos irrebatibles, salvo excepciones como la indicada al hablar de la *pervivencia* del título durante el siglo XVII. Si fuéramos compulsando y comprobando dato por dato de los contenidos en el erudito preámbulo, veríamos que en la mayoría de ellos, como sucede en los referentes a la no detención del título de Princesas de Asturias por diversas Infantas medievales y modernas, coinciden con la opinión expresada por Canella y Fabié, impugnadores del Decreto en sus respectivas monografías.

Es preciso, por tanto, suponer que, o el legislador omite la mención de hechos que derribarían la rectitud de su propósito preconcebido, o que no ha sabido o querido libar en la sucesión amorfa e inconexa de las edades la sustancia jurídica de la institución del Principado de Asturias.

La prueba más evidente de la certeza del primero de los dos supuestos planteados sería encontrar, frente al edificio histórico levantado por el Sr. Cánovas, otros edificios construidos a base exclusiva de materiales de naturaleza contraria, que pudieran sostener honradamente frente al primero la tesis de los defensores de la extensión de la dignidad a las hembras.

Mas si repasamos, por ejemplo, las páginas que Canella dedica a la institución, que, por ser posteriores a los trabajos de mayor importancia consagrados al asunto, habrían de estar naturalmente enriquecidos de argumentos y datos, vemos que en ellas no hay un solo precedente histórico ni alegato jurídico convincente en pro de la opinión defendida. El trabajo está hecho, efectivamente, con un cierto espíritu provinciano, que se solaza en mentar nombres y ceremonias de juras, haciendo caso omiso algunas veces de realidades primordiales.

El argumento máximo que los impugnadores de Cánovas del Castillo suelen esgrimir es que, restablecido por la derogación de la Ley

Sálica el antiguo orden sucesorio, no hay razón para negar a las hembras un derecho estrechamente vinculado a aquel que en virtud de dicho restablecimiento se les concede.

Pero este raciocinio es débil a todas luces, puesto que el régimen tradicional español, si bien concede a la hembra determinadas facultades de acceso al Trono, no equipara, como creemos que ninguna otra sistemática jurídica de pueblos civilizados, el derecho del varón al de la hembra. De donde se sigue que si el título de Príncipe de Asturias tiene carácter de exclusiva concesión a los herederos varones, no tendrían las hembras derecho alguno a ostentarlo.

La opinión de estos debeladores del Decreto de 1880 llegó a tomar forma legal en el Real Decreto de 10 de marzo de 1881, donde se concede el título de Princesa heredera a Doña María de las Mercedes y se promete la elaboración, que no se llegó a realizar, de un Decreto totalmente impugnatorio del Sr. Cánovas.

El segundo término del dilema que dejábamos planteado es el que juzgamos cierto. Cánovas del Castillo enumera una serie de hechos históricos, irrebatibles en su mayoría, pero ordenados perniciosamente en un frente de ataque y de defensa de tesis ajenas y opiniones propias, que nadie juzgará el más adecuado para trabajos que, aunque preferentemente legislativos, exigen, ante todo, objetividad científica.

El preámbulo del Decreto, por otra parte, es una obra maestra de exposición y agudeza deductiva, y por eso, aun sin privarle de la orientación apriorística de que adolece, lo estimariamos como el de más talla de entre los dedicados al Principado de Asturias, aunque su extensión sea muy pequeña en comparación con otros, si se nos ofreciera simplemente como galana muestra de entendimiento y erudición, sin pretensiones dogmatizantes ni coletillas con imperativas rúbricas reales.

El problema, planteado convenientemente en el preámbulo del citado Decreto, obtiene una resolución no en conformidad absoluta con los datos. No se trata de una mera leve desviación del punto de mira histórico sin trascendencias ulteriores, sino de unos razonamientos de índole aparentemente desinteresada e ideal, que en realidad nacen posteriormente a la concepción de las normas dispositivas a las que debieran haber servido, tanto en el orden exterior de las páginas de la Gaceta en que apareció el Decreto, como en el interior de la mente del legislador, de verdadero preámbulo.

Creemos, pues, que la doctrina histórica de que contemporáneamente se dispone sobre el Principado de Asturias, magistralmente sistematizada en el Decreto de 1880, no autoriza a conformar en uno u otro sentido la ancestral e inaprehensible institución. Y aún creemos también que, por grandioso que sea el desarrollo de la ciencia histórica en el futuro, nunca se llegará a poderlo hacer en condiciones de garantía, no ya absoluta, sino ni siquiera muy relativa. La simple razón de ello es que, al parecer, historiadores y legistas estuvieron, hasta ahora, especialmente durante el siglo XIX, buscando, como viejos conquistadores, el Eldorado imaginario de una regulación jurídica inexistente. Se empeñaron en ver en los actos de las pasadas centurias, tanto en lo que respecta a nuestra institución como a otras muchas, un lógico orden interior del que nunca hubo rastros. Y así nos encontramos hoy con que la página que creíamos llena de apretada escritura, está en blanco.

RODRIGO CARVAJAL GONZÁLEZ.

NOTA FINAL.—“La jura y reconocimiento de los Príncipes de Asturias ha dado lugar a algunas ceremonias especiales, entre las que estaba, y se conserva todavía, la de enviar una Comisión nombrada por la Junta general de aquel Principado (hoy por la Diputación Provincial) para felicitar a los Reyes con motivo del nacimiento del sucesor y ofrecer a éste un donativo de mil doblas en concepto de mantillas, donativo que también hicieron otras ciudades y territorios del reino, pero que ha sido hasta ahora mantenido únicamente por los asturianos; a esta ceremonia se ha agregado, desde principios del siglo XIX, la de imposición al Príncipe, y como distintivo del mismo, por los aludidos comisionados, de la Cruz de la Victoria.” (Adolfo Posada: *Enciclopedia Jurídica Seix*, art. “Príncipe de Asturias”.)

Arrendamientos urbanos (*)

LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA

Código civil: Libro IV, título VI, artículos 1.542 a 1.603, en todo lo que no esté comprendido en la legislación especial.

Decreto de 1 de mayo de 1937, declarando exento del pago de alquileres y débitos de agua y luz a los obreros y empleados, cabos, soldados y milicias que se encuentren movilizados, o en paro forzoso, siempre que se hallen provistos de la tarjeta oficial. Este decreto se complementa y desenvuelve por las instrucciones de 8 del mismo mes y año.

Decreto de 26 de octubre de 1939. Organiza el depósito y empleo de las fianzas.

Decreto de 9 de septiembre de 1939. Sobre requisas de edificios.

Ley de 23 de septiembre de 1939, relativa a las fincas administradas por el Instituto Nacional de la Vivienda.

Decreto de 20 de diciembre de 1936, y reglamento de 4 de febrero de 1937, sobre Fiscalía de la Vivienda, que se reorganiza definitivamente por el de 23 de noviembre del 40 y orden de 17 de abril del 41.

Ordenes de 28 de mayo de 1937, 21 de junio de 1938 y 10 de septiembre del mismo año, complementarias del decreto-ley de 28 de mayo del año anterior sobre condonación total o parcial de las rentas y exención en el pago de alquileres.

Decreto de 20 de septiembre de 1938, referente a la administración o posesión interina de las fincas embargadas o hipotecadas. Señalamiento de renta y desahucio en ambos casos.

Orden de 25 de mayo de 1939, en cuanto a la cédula de habitabilidad se refiere.

(*) Véase el número anterior

La ley de 9 de junio de 1939, que exime del pago de la renta a los que, habiendo habitado en territorio nacional, tenían su casa en zona roja.

Orden de 20 de septiembre de 1939 haciendo una derrama entre todos los propietarios en beneficio de los afectados por las disposiciones exentivas antes citadas.

La ley de 25 de noviembre de 1939, que aclara la de 9 de junio y es complementada por la de 27 de noviembre del mismo año.

La de 29 de diciembre de 1939 insistiendo en la materia de requisas y señalando el precio de arrendamiento o la oportuna indemnización en los casos previstos.

El decreto de 10 de febrero de 1940, en cuanto a fabricación y venta clandestina del papel de fianzas; y la orden de 12 de febrero de 1940, que regula definitivamente todo lo que afecta a la exención en el pago de alquileres, habitabilidad y desahucio. Toda esta materia es complementada por los decretos y órdenes del Ministerio de Trabajo de 14 de marzo, 8 de mayo, 17 de julio, 11 y 17 de octubre de 1940; orden del de la Gobernación de 27 de marzo, y otra del Ministerio del Aire de 6 de mayo de 1940.

La orden de 23 de mayo de 1941, del Ministerio de Trabajo, hace extensivo el decreto de 17 de octubre de 1940 a los obreros parados de la industria de conservas de pescado.

En el mismo sentido interpretativo de ese decreto, y especialmente de las instrucciones para su aplicación, de 13 de diciembre de 1940, la orden de 23 de mayo del mismo año, aclarando que cuando el beneficiario sea persona distinta del inquilino que a su nombre tenga el contrato se extienda a nombre de éste la tarjeta de exención, haciendo constar en el expediente el nombre del beneficiario y las causas de la sustitución.

La orden de 27 de noviembre de 1941; también del Ministerio de Trabajo, autoriza un prorrato entre todos los inquilinos de viviendas acogidas a la ley de 25 de junio de 1935, en relación al precio de alquiler que paguen, equivalente al sobreprecio del carbón, según precios de tasa, en relación con el que regía en 18 de julio de 1936.

Reconoce personalidad a los jefes de casa designados por las Jerarquías de Falange Española Tradicionalista y de las J. O. N. S. para poner su visto bueno a estos prorratoes que el propietario les presente. Pero deja expedita la acción ante los Tribunales ordinarios para que

propietarios e inquilinos reclamen lo que, en cada caso particular, estimen su derecho.

En la ley de 25 de junio de 1935 se disponía, en orden a la materia a cuyo estudio venimos dedicando este trabajo, en su artículo 15, caso primero, apartado 3.^o, que "a los particulares o Sociedades inmobiliarias que se decidan a construir casas de renta se les otorgarán los beneficios del artículo 13 de la ley de Saneamiento o mejora interior de poblaciones, siempre que se trate de uno de los casos señalados": construcción y ampliación de casas de pisos en las que los alquileres y demás servicios y percepciones de propietarios por cada vivienda no excedan, en ninguna de ellas, por lo que a Madrid y Barcelona se refiere, de 250 pesetas mensuales, y en las demás poblaciones, en forma escalonada, según el censo de población de las mismas.

Esta ley ha sido diversamente interpretada, por lo que, a más de otras disposiciones que carecen de importancia a nuestros fines, se ha publicado la de 10 de noviembre del corriente año, en la que, tendiendo a evitar ciertas maniobras oscuras por parte de los propietarios, deja en libertad a éstos para alquilar las plantas inferiores, en la forma que determina. Así nos lo hace presumir, relacionando el precepto contenido en el artículo 15 de la ley de 25 de junio, que hemos transscrito, donde sólo se habla de viviendas, con el artículo 1.^o de esta otra ley, al disponer "en las edificaciones acogidas a los beneficios de la ley de 25 de junio de 1935, con sus prórrogas posteriores, sólo las plantas bajas podrán ser dedicadas a establecimientos mercantiles o industriales, siempre que los proyectos presentados hayan sido objeto de aprobación con esta modalidad y paguen a la Hacienda pública la contribución correspondiente; el resto de las plantas necesariamente habrá de dedicarse a vivienda".

Parece, pues, presumible que los locales destinados a establecimientos mercantiles o industriales no están sujetos al límite de alquiler establecido en la ley de 25 de junio de 1935, toda vez que tampoco disfrutan de los beneficios de exención en la misma concedidos, al tener que pagar a la Hacienda pública la contribución correspondiente, y habrán de regirse, pues, por la legislación especial sobre arrendamiento de establecimientos destinados a la industria o al comercio.

En el artículo 2.^o se prohíbe el traspaso del piso, en forma tal, que aunque en el contrato no se hiciese constar tal prohibición del modo que se expresa, ésta se considera siempre incluida.

En los artículos 3.^º y 4.^º se prohíbe, respectivamente, arrendar estos locales con mobiliario o exigir a los presuntos inquilinos, "como trámite previo para la ocupación de viviendas o locales, la entrega de cantidades en concepto de aportación social, alegando la constitución de una entidad seudoinmobiliaria, o utilizando cualquier otra fórmula que tienda a desvirtuar prácticamente la finalidad de la presente ley".

Y en el artículo 5.^º se señala la penalidad en que incurren los contraventores a estas disposiciones y la forma de hacer efectivas las sanciones que en el mismo se regulan.

De un interés grande son las disposiciones transitorias, en virtud de las cuales se hacen retroactivas estas normas a la fecha de la liberación total de España, de este modo:

DISPOSICIONES TRANSITORIAS.—Primera. Los preceptos que se dejan indicados serán de aplicación no sólo por las situaciones jurídicas que se creen en lo sucesivo, sino también para las creadas a partir del día 1 de abril de 1939.

A este efecto, los arrendatarios que hubieran tenido que someterse a condiciones contrarias a las hoy estipuladas, podrán solicitar la revisión de sus contratos ante las Juntas Provinciales de Paro, para lo cual se concede el plazo de tres meses, contados desde el día siguiente al de la inserción de la presente Ley en el *Boletín Oficial del Estado*. Contra las resoluciones que se dicten, y en plazo de diez días, podrá interponerse recurso ante la Junta interministerial de Obras para mitigar el paro.

Segunda. En el plazo de un mes, contado desde el día siguiente al de la publicación de la presente Ley en el *Boletín Oficial del Estado*, las Juntas Provinciales de Paro confeccionarán por duplicado un registro en que consten todos y cada uno de los inmuebles acogidos a los beneficios de la Ley en el territorio de su jurisdicción.

Un ejemplar se conservará en las oficinas de las respectivas Juntas y el otro se remitirá, dentro del plazo marcado, a la Junta interministerial de Obras para mitigar el paro, que llevará el registro general de toda la nación.

Otras varias disposiciones se han dado sobre esta misma materia; pero carecen de importancia, y no las enumeramos por no hacer interminable esta lista.

Antes de la guerra de liberación habían sido dictadas otras, que pasamos a reseñar, porque aún continúan vigentes; éstas son:

El decreto de 11 de marzo de 1932 sobre arrendamiento de viviendas, revisión, indemnización, pruebas y aranceles.

El de 16 de junio del mismo año, en lo relativo a la fijación de rentas por la autoridad judicial en caso de litigio, y el de 30 de diciembre, también de ese año, que dió forma de ley al de 20 de abril de 1931.

El decreto de 2 de junio de 1933 sobre desahucio de viviendas por usos no pactados, que interpreta el apartado b) del artículo 5.^º del decreto de Alquileres de 1931, en el sentido que los usos no pactados se entenderán cuando hagan desmerecer la cosa arrendada.

Los decretos de 2 de agosto de 1934 y 6 de diciembre de 1935: el primero modifica el número 3 del artículo 2.^o y el artículo 7.^o del decreto de Alquileres; el segundo realiza otra modificación en el susodicho número 3 del artículo 2.^o, que viene a quedar definitivamente redactado en la forma como se expone anteriormente al hacer el estudio de este decreto.

LA LEY DE 7 DE MAYO DE 1942

Ya concluído este trabajo, y con el pensamiento fijo, como en páginas anteriores se hace constar, en la necesidad que en nuestro país se siente, cada vez más, de una ley que regule y unifique cuanto disperso hay sobre materia de arrendamientos en predios urbanos y salve cuantas lagunas hemos señalado, nos sorprende la promulgación de la ley de 7 de mayo del año actual, publicada con el exclusivo fin de hacer más equitativas las rentas o alquileres sin entrar en la materia propiamente contractual, fin más modesto que el propuesto por nosotros, pero más rápido, como la urgencia del mal demanda y las necesidades del tráfico jurídico, en esa parte, exigen, que incluimos en el artículo presente, ya que nuestro objeto al publicarlo ha sido el de cooperar, en la medida de nuestras humildes fuerzas, a poner en claro, relacionar y comentar en derecho materia tan importante como es la que hoy nos ocupa.

En el preámbulo de la aludida ley se justifica su promulgación, que ha sido impulsada por las "múltiples solicitudes que se han elevado al Gobierno nacional en súplica de especiales modificaciones en la legislación de arrendamientos urbanos", así como en las "dudas y vacilaciones que se reflejan en las sentencias de los Tribunales competentes" y en la "necesidad de otorgar a los propietarios, que con meritorio esfuerzo emprenden la reconstrucción de los edificios destruidos, ventajas proporcionales al capital invertido", al mismo tiempo que el de atajar y cortapisar el egoísmo de otros que, sin causa o razón fundamental, se aprovechan de las dificultades actuales motivadas por la carencia de albergues, destruidos en la lucha, para acrecentarlas, aún más, elevando el costo medio de la vida en un *artículo* de primerísima necesidad como es la habitación humana.

La ley, por otra parte, no intenta "ordenar de un modo definitivo tan ardua materia, sino proveer en forma transitoria a las necesidades actualmente sentidas, esperando que el retorno a circunstancias de

mayor normalidad en el tráfico y en la construcción permitan acometer una reglamentación más completa".

A las promesas del preámbulo nos atenemos, y con esa esperanza vamos a dedicar unas líneas a su articulado.

Artículo 1.^o

"Las rentas o alquileres de edificios, pisos o habitaciones sujetas a la legislación especial de arrendamientos urbanos que se hallasen vigentes el día 1 de enero de 1942, se reputarán lícitos y no podrán ser elevados mediante pactos, estipulaciones, condiciones o garantías que contradigan el espíritu de aquellas disposiciones."

En este artículo se sienta con carácter general una afirmación, cual es la de considerar como de derecho necesario, que escapa, por lo tanto, a la libre estipulación de las partes, a todos aquellos contratos de arriendo que en la fecha indicada estuviesen vigentes; es decir, se enlaza con el artículo 1.^o del decreto de Alquileres, extendiendo la excepción del número 1.^o del artículo 2.^o a los que se hagan a partir del día 1 de enero de 1942; con ello quedan sujetos a la legislación especial contenida en el repetido decreto y disposiciones complementarias todos los contratos celebrados hasta esa fecha tope y que no estén comprendidos en las excepciones que determinan los números 2.^o y 3.^o

Artículo 2.^o

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los propietarios y los inquilinos que se consideren perjudicados por el alquiler, renta, cláusulas contractuales o condiciones del arrendamiento vigentes, podrán solicitar del Juez municipal competente, dentro de los dos meses siguientes a la promulgación de esta ley, el aumento, disminución o modificaciones que estimen de justicia, atendidos los preceptos dictados por el Estado nacional desde 18 de julio de 1936."

Se concede, con este precepto, un plazo, a nosotros nos parece demasiado corto, dentro del cual pueden ambas partes intentar la revisión de sus contratos para ponerlos más en consonancia con la realidad, conforme a los demás pisos o edificaciones del barrio o lugar.

Y es que, no cabe duda, la necesidad ha obligado en muchas ocasiones a realizar el alquiler de una casa por un precio o merced superior al que en la fecha del contrato pagaban los demás pisos de la finca; o

menor, según, si el necesitado era el propietario; casos hay innumerables por los destrozos de la guerra y la premura en allegar recursos a una economía disminuída; o el inquilino, ejemplo de ello, entre varios, las casas edificadas al amparo de la ley de 15 de junio del 35, que en algunas circunstancias adquirían un precio en renta superior al permitido.

En cuanto a las normas que han de regir esa revisión temporal, a pesar de que el artículo que comentamos se refiere únicamente a las dictadas por el Estado Nacional, no nos cabe la menor duda de que podrán ser también invocadas las que con el mismo objeto fueron publicadas años antes, y que, tanto unas como otras, servirán de módulo de regulación a los Tribunales para marcar la renta justa.

Como en las páginas que preceden se indica y estudia de un modo amplio cuanto a esta materia se refiere, remitimos al lector a esa parte, para no incurrir en repeticiones.

Artículo 3.^o

"Sin necesidad de solicitar el auxilio judicial, los propietarios podrán exigir un aumento de las rentas o alquileres en los casos y con los límites que a continuación se expresan:

A) Por haber realizado en la finca instalaciones o mejoras y, en especial, obras que hayan contribuido a la higiene, salubridad o comodidad de los locales o viviendas. El aumento de la renta anual no podrá, en estos casos, exceder del 5 por 100 del costo de las obras o instalaciones.

Las obras de conservación o reparación hechas por el arrendador en cumplimiento de sus deberes contractuales, o en el intervalo que media entre dos arrendamientos, no serán computables para los efectos de elevar la merced o renta del local.

El importe de los trabajos, obras y materiales dedicados a la reconstrucción de fincas, con la aprobación de la Dirección General de Regiones Devastadas, o sin ella, siempre que se pruebe la inversión, se tendrán en cuenta para los indicados efectos de elevar la merced siempre que no excedan del 50 por 100 del valor de la finca, excluido el solar. Cuando el importe de las indicadas obras de reconstrucción excede del 50 por 100 del valor de la finca, las habitaciones tendrán la consideración de nuevas, y las rentas correspondientes se regularán con sujeción al artículo siguiente.

B) Por haberse creado impuestos o elevado los tipos contributivos con que el Estado, las Provincias o los Municipios graven la propiedad urbana.

El propietario podrá, en tales supuestos, repartir el exceso de tributación entre los inquilinos, con sujeción a lo dispuesto en las respectivas leyes o reformas tributarias y en proporción a la renta satisfecha.

C) Por haberse elevado los precios de los suministros o servicios que el propietario presta al inquilino, como los de calefacción, fluido eléctrico, agua, portería y otros análogos, cuando no se hubiesen tenido en cuenta en las declaraciones hechas a la Hacienda pública. Estos aumentos se distribuirán entre los arrendatarios en proporción a las rentas que satisfagan y a la utilización del servicio."

Sienta este artículo, en su párrafo primero, una afirmación peregrina: "sin necesidad de solicitar el auxilio judicial", y esto, a nuestro entender, quiere decir que, en este caso, no es el Juez el encargado de señalar la renta, sino que el propietario, en conciencia, y de acuerdo con sus cálculos, según el apartado que invoque, puede señalarla; ahora bien: esto no quiere decir, ni mucho menos, que el inquilino que se crea perjudicado, o vea abultados y falsos los gastos que alegue el propietario, no pueda acudir en definitiva al Juez para oponerse al intento.

Los distintos apartados que contiene el artículo no creemos necesiten explicación, pues su texto es claro; únicamente añadiremos que la renta sobre la cual ha de recaer el aumento, a nuestro juicio, es la que señale el Juzgado en caso de revisión y por el procedimiento antes indicado, de ningún modo la que se venía satisfaciendo en régimen de libre contratación. Es decir, la renta justa (1).

Artículo 4.^º

"Las rentas de los edificios, pisos o habitaciones que hubieren sido construidos u ocupados por primera vez después de la fecha fijada en el artículo 1.^º, podrán ser convenidas o pactadas libremente con arreglo a lo dispuesto en el Código civil o en las legislaciones forales, siempre que no se desobedezcan las prohibiciones y límites a que se hallasen

(1) Mucho habrá de meditar el Juez a quien se le planteen estos casos y ponderar (conforme a la idea del Decreto del 32, pero no a su letra, hoy a todas luces desproporcionado) el valor de la moneda, así como el mayor alcanzado por la edificación en relación con la depreciación de aquélla, el interés del dinero y cuantas circunstancias de orden económico rigen hoy, con sus leyes inexorables; todo ello antes de marcar una renta o precio de alquiler en la revisión que se someta a su decisión.

sujetas las construcciones por su naturaleza económica, familiar o privilegiada."

Este precepto no es más que una consecuencia de la declaración contenida en el artículo 1.^º, que antes comentamos. De forma que, en su virtud, tanto las edificaciones que en adelante se construyan, desde 1 de enero del año actual, o habiten por primera vez, así como aquellas en que sus propietarios hayan invertido en obras de reparación o mejora más del 50 por 100 de su valor, quedarán fuera de la legislación especial y sometidas al Derecho común, en la misma forma que el artículo 2.^º del decreto del 31 determina, para los ocupados o construidos a partir del 1 de enero de 1924, hoy, por esta ley, extendido a la misma fecha del año 1942.

Se exceptúa de esta disposición a cuantas viviendas se construyan en régimen especial, como son, entre otras, las edificaciones con cargo al Instituto Nacional de la Vivienda, Obra Sindical del Hogar y cualesquiera otra de iguales o parecidos fines.

Artículo 5.^º

"Fuera de los casos comprendidos en los artículos anteriores, se reputa ilícito y abusivo cualquier aumento de renta, aunque se trate de justificarlo con la plusvalía o mayor precio que el inmueble hubiere adquirido por otras circunstancias."

Concede este artículo, a *sensu contrario*, un derecho de oposición al inquilino cuyo casero pretenda subirle la merced sin justificación alguna que esté de acuerdo con las disposiciones y apartados que preceden.

Artículo 6.^º

"Los preceptos de esta ley no serán aplicables a los arrendamientos de edificios y locales destinados a la explotación de industrias o de establecimientos mercantiles, que se regirán por las disposiciones vigentes hasta que se dicte una especial sobre la materia."

Con arreglo a este artículo, continúa, pues, vigente para esta clase de contratos el decreto de 21 de enero de 1936, aclarado por otro de 30 del mismo mes y año, sin que les afecten para nada las demás disposiciones citadas, que sólo se refieren, como ya hemos indicado, a los locales destinados a vivienda.

Esta ley ha sido interpretada de muy diverso modo en la práctica, por lo cual, y a fin de poner en claro algunos de sus preceptos, se ha dictado la de 22 de julio del 42, en cuyo preámbulo se insiste en la trascendencia que la materia tiene y la importancia, como ninguna otra, por su radio de acción tan extenso, de aplicarla en un todo conforme al espíritu que la informa; y así dice que esa ley ha tenido por principal objeto fijar las rentas o alquileres de las habitaciones o edificios destinados a vivienda o usos domésticos y decidir situaciones de hecho que, originadas al amparo de anormales circunstancias, prestaban argumentos a constantes litigios judiciales.

Pero no se proponía favorecer la incoación de temerarios procedimientos de desahucio, y menos dar ocasión para que, sin razón aceptable, se privara de su hogar a quien paga puntualmente la renta o merced estipulada o reconocida.

Sin embargo, los Juzgados se han visto sorprendidos por la presentación de demandas que, partiendo del supuesto de calificar como casas nuevas las edificaciones ocupadas con posterioridad a 1 de enero de 1924, se amparaban en los artículos 1.569, número 1; 1.571 y 1.581 del Código civil, o en las escasas disposiciones forales de igual alcance, para solicitar el lanzamiento del inquilino que se hallaba al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Para cerrar el paso a estas interpretaciones y unificar la actuación de los Tribunales, se promulga la presente ley, en la que se dispone:

“Artículo 1.º Por edificios, pisos o habitaciones nuevos, a los efectos de la plena aplicación del Código civil, se entienden, como establece el artículo 4.º de la ley de 7 de mayo, solamente los que hubieran sido construídos u ocupados por primera vez con posterioridad a 1 de enero de este año.

Art. 2.º El arrendador de edificios, pisos o habitaciones ocupados desde 1 de enero de 1924 a la indicada fecha, no podrá desahuciar judicialmente, fundado en esta sola circunstancia, al arrendatario por haber expirado el término convencional o el que se fije para la duración de los arriendos en los casos de los artículos 1.571, 1.572 y 1.581 del Código civil; pero podrá hacerlo con sujeción al artículo 5.º del decreto de 29 de diciembre de 1931.

Art. 3.º No obstante lo preceptuado en el artículo anterior, el comprador de una finca urbana que la necesitara para vivienda suya o de sus ascendientes o descendientes y no dispusiera en propiedad o

arriendo de casa, habitación o piso de análogas circunstancias y categoría en la misma población, podrá denegar la prórroga del contrato de arrendamiento vigente, participándolo al arrendatario con un año de anticipación y abonándole en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que le ocasione el traslado, el importe de seis meses de alquiler.

Cuando el comprador dispusiera en cualquiera de los expresados conceptos de casa, habitación o piso, el plazo que debe conceder al arrendatario será de dos años, con la indemnización de seis meses."

Esta ley, que transcrita queda en su parte dispositiva, no necesita comentario alguno, si bien hemos de indicar que el derecho a que se refiere el artículo 3.^º de la misma queda subordinado, en las localidades adoptadas por el Caudillo, a cuanto se determina en el decreto de 11 de noviembre pasado, y mientras permanezca vigente, tiempo que se determina en su artículo 2.^º, en el plazo de dos años naturales, contados a partir de su publicación en el *Boletín Oficial*, cosa que tuvo lugar el día 26 de diciembre último.

La excepción a que nos referimos, y que ha sido motivada por las circunstancias que atraviesan las viviendas en esas localidades, gravemente afectadas por la destrucción y devastación de la guerra, se desenvuelve en su artículo 1.^º en esta forma:

"En las localidades adoptadas por el Caudillo en que se declare su necesidad, y en tanto prevalezca la vigencia de la presente disposición no se admitirán demandas de desahucio que se funden en causa de necesidad, alegada por la parte actora, de ocupar los locales de su pertenencia o disfrute, arrendados u ocupados con autorización gubernativa, y quedarán en suspenso los procedimientos que, fundados en la misma causa, estuvieren en tramitación, cualquiera que fuere su estado, sin haber llegado al lanzamiento a virtud de sentencia firme."

Dos motivos han de concurrir, pues, para su otorgamiento: el uno, que el local se halle habitado u ocupado con autorización gubernativa; el otro, que se declare la necesidad de aplicar esta excepción. Quedan, con ello, por lo tanto, facultados nuevamente los Gobernadores civiles para que, de acuerdo con el caso particular y en esas localidades, apliquen el derecho en esos casos.

Las causas o motivos, a nuestro juicio, no requiere que concurran en la misma persona, ya que, de entenderlo de esa forma, su aplicación sería muy limitada. Sin embargo, este derecho, excepciones primera y

segunda del mismo artículo 1.^o, no se concederá cuando el demandado es desafecto al Movimiento, cosa que exigirá prueba, como es natural, en el oportuno juicio; o si el propietario demandante sustituye el local objeto del desahucio por otro de condiciones semejantes en la misma localidad, y cuyo precio o merced no excediera de un 25 por 100 sobre el que se viniera satisfaciendo. Pero si el local no es aceptado por el demandado, al alegar la desemejanza de condiciones entre el que tiene y el que se le ofrece, se oirá, sin perjuicio de otras pruebas que pueden practicarse, al Fiscal provincial de la Vivienda, quien limitará su informe a este solo caso, sin perjuicio de que sea también apreciado por el Juez al dar el fallo.

J. ROBLES FONSECA

Secretario auxiliar de la Comisión General de
Codificación Del Cuerpo Técnico del Ministerio de la Gobernación.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I.—DERECHO CIVIL

SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1942.—*Alimentos.*

En el segundo motivo se alega violación o interpretación errónea del artículo 148 del Código civil y reglas 3.^a y 5.^a del mismo, en relación con la doctrina de la jurisprudencia, fundándose el recurrente en que la demandante no se halla en la situación de necesidad que la Ley exige para que la obligación de alimentar y el derecho correlativo se produzcan; y en relación con éste, es de observar que, según el artículo 142 del propio Código, los alimentos se han de prestar según la posición de la familia, y con arreglo al 146, ha de ser su cuantía proporcionada a los medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de lo que puede inferirse que, según el sentido de la Ley, aunque el alimentista tenga los medios indispensables para vivir estrechamente, ello no enerva el derecho a reclamar alimentos cuando esos medios no guardan proporción con la elevada posición económica de la familia, y por ello tiene declarado esta Sala, en sentencia de 27 de marzo de 1900, que lo mismo al tenor del citado artículo 142 que de conformidad con la última parte del núm. 3.^º del 152 del mismo Código, lo necesario para satisfacer las atenciones del alimentista tiene que apreciarse con relación a la respectiva situación de las personas ligadas por la obligación, y que ésta no desaparece por el solo hecho de que dicho alimentista ejerza un oficio, profesión o industria, si, obligado, a pesar de ello, a vivir con estrechez, estima el Tribunal que sus necesidades pueden y deben ser desahogadamente satisfechas dada la posición social del alimentante, y lo que resulta más evidente si se tiene en cuenta que los alimentos son un modo de asistencia más

amplia que lo que el artículo 143 del repetido Código llama auxilios necesarios para la subsistencia y no deben confundirse con éstos; de todo lo cual puede concluirse, en lo atinente al presente caso, que aunque se admitiera que la demandada se encuentra en situación de poder ejercer un empleo u oficio que le diera lo estrictamente necesario para subsistir, esto no le privaría del derecho a reclamar alimentos, dado que la posición económica de su padre le da derecho a reclamarle para vivir con mayor holgura.

II.—DERECHO PROCESAL

SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1942.—*Competencia.*

Según el artículo 1.462 del Código civil, se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador; y debiendo entregarse el talón o carta de porte representativa de la mercancía en el mencionado Banco, previo pago del precio, es evidente que dicha mercancía no estuvo en poder y posesión del comprador mientras dicho pago no se realizó en Bilbao, por lo que es forzoso entender que en esta capital y no en Morell, punto de partida de la expedición, se verificó la entrega.

SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1942.—*Competencia.*

En el caso, origen de la presente cuestión de competencia, no se ha promovido juicio ni formulado pretensión relativa al cumplimiento o incumplimiento del contrato que liga a las partes, y solamente se solicita por el comprador, al amparo del artículo 2.127 de la Ley procesal, en relación con sus concordantes del Código de Comercio, que se proceda a hacer constar judicialmente el estado y calidad de las mercancías vendidas, por estimar el solicitante que se hallan en malas condiciones. Requerido el vendedor con el exclusivo objeto de designar perito que pueda intervenir en las diligencias de que se trata, aun estimadas éstas como preparatorias del ejercicio de una acción en vía contenciosa, no constituyen sustanciación de una controversia entre partes, y, por tanto, la intervención de dicho vendedor no significa

sumisión al Juzgado ante el que se tramitan, ni obsta a que, caso de llegar a suscitarse contienda, sean de aplicación el artículo 62 y siguientes de la citada Ley procesal.

SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1942.—*Costas.*

A diferencia de ciertos Códigos extranjeros y del de procedimiento civil en la zona del Protectorado de Marruecos, nuestra Ley procesal no establece reglas que de una manera general regulen la condena en costas, limitándose a imponer en casos determinados a una de las partes la carga de satisfacerlas, por lo cual, si bien no cabe, cuando se dan estos supuestos especialmente regulados, admitir la validez de un pacto que contradiga o de alguna manera modifique la solución legal, no existe obstáculo en los demás para estimar válida la estipulación en cuya virtud un contratante asume la responsabilidad de satisfacer los gastos judiciales en caso de incumplimiento o de cumplimiento inadecuado de obligaciones contraídas, estipulación que vincula a las partes y, planteada contienda, al juzgador, como tiene declarado esta Sala en sentencias de 9 de marzo de 1892, 13 de febrero de 1911, 19 de diciembre de 1927 y 22 de marzo de 1928.

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1942. — *Casación y amigable composición.*

Comprende el artículo 793 de la ley de Enjuiciamiento civil, en su número 6.^º como requisito que—juntamente con los demás que aquél enumera—ha de contener la escritura de sumisión a juicio arbitral, bajo pena de nulidad, la estipulación de una multa que el que se alzare del fallo de los árbitros habrá de pagar para ser oído, sin cuyo pago no es admisible el recurso de casación que interponga, según preceptúa el artículo 826 de la misma Ley; y aunque ésta, en lo referente al juicio de amigables componedores, dejando excluida la estipulación de multa que antes se dice de las circunstancias que en el artículo 828 exige en calidad de precisas para la validez de la escritura de compromiso, omite su prohibición, no por ello ha de entenderse que, cuando los interesados la hayan convenido, su incumplimiento será obstativo para que el re-

curso de casación que uno de los compromitentes interponga, al amparo del número 3.^º del artículo 1.691 de la Ley citada, sea admitido y resuelto, porque, además de que tal estipulación carecería de toda eficacia para impedir que se recurriera contra un fallo que se hubiese dictado sin jurisdicción, por haber cesado la concedida a los amigables componedores, que en cuanto queden desprovistos de ella actúan sin validez, no es lícito a las partes condicionar la interposición y admisibilidad de los recursos que la Ley regula con la exigencia de requisitos distintos de los que ésta señala preceptivamente para que si concurren sean tramitados; y así la Ley procesal, en consonancia con la disposición en que obliga, en lo relativo a los juicios de árbitros, a estipular la multa, la indicada, con la finalidad de que este pacto sea eficaz, adiciona en el precitado artículo 826, a los requisitos que exige en el 1.716 y en el 1.751 para la admisión de los recursos por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, el de que el recurrente acredite haber satisfecho a la otra parte la multa estipulada en el compromiso, mientras que, conforme al artículo 1.774, sólo serán admisibles, para que haya de darse tramitación a los recursos contra las sentencias de los amigables componedores, los documentos que de manera taxativa señala, por lo que no puede impedirlos aquella falta de justificación de haberse satisfecho la multa que los interesados hubiesen pactado.

SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1942.—*Desahucio.*

Ordenado en el párrafo 3.^º del artículo 1.565 de la ley de Enjuiciamiento civil que procederá la acción de desahucio contra el que disfrute o tenga en precario la finca sin pagar merced, siempre que se le requiriera con un mes de anticipación para que la desaloje, al no señalarse por la citada ley forma determinada a la que deba sujetarse el requerimiento en ella aludido, resulta indudable la eficacia del practicado por el actor al recurrente mediante la intervención del Sindicato local de la Vivienda y cuya realidad estima demostrada la Sala sentenciadora, sin que esta afirmación se impugne en el recurso; y encaminado tal requerimiento, no a impedir la usucapción del inmueble mediante la interrupción civil de su posesión, sino a cumplir el requisito exigido legalmente como previo a la interposición de la demanda de desahucio, es inaplicable al caso controvertido el artículo 1.947 del Código civil, que, por tanto, no puede estimarse infringido en la sentencia.

III. — LEYES ESPECIALES

SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1942.—*Ley Hipotecaria.*

La contienda sobre relación jurídica de propiedad debatida en estos autos quedó centrada en la pugna sobre la preferencia de títulos invocada por los litigantes, a saber: inscripción de posesión convertida en inscripción de dominio a favor de los demandantes, y posesión de hecho no sólo por más de treinta años, sino por tiempo inmemorial, a favor del Ayuntamiento demandado y reconviniente; y en estos casos de conflicto entre dueño y poseedor—en especial si no ha surgido el tercero hipotecario—rige el párrafo final del artículo 35 de la ley Hipotecaria en relación con el 1.960 y el 1.969, del Código civil, que proclaman el derecho de dominio en favor del poseedor, según declaró con reiteración la sentencia de 13 de julio último, sin que, en contrario, sirva alegar lo dispuesto en el artículo 41 de la ley Hipotecaria, pues dada la forma en que quedó redactado por el Decreto-Ley de 13 de junio de 1927, la presunción de posesión que establece en favor del titular del derecho inscrito cede ante la demostración de que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica, que es precisamente lo que ocurre en el caso de autos, procediendo, en consecuencia, la desestimación de dichos motivos primero y tercero.

SENTENCIAS DE 30 DE NOVIEMBRE Y DE 15 DE DICIEMBRE DE 1942.

Ley de 7 de diciembre de 1939.

El artículo 38, apartado *b*), de la Ley de 7 de diciembre de 1939, exige el “vencimiento de deuda superior a los cinco años de la fecha del título” para la acción revisora del pago. El problema en ambas sentencias consistía en saber si una deuda exigible por el acreedor sólo después de un plazo superior a cinco años, pero pagable por el deudor a su voluntad con anterioridad a tal plazo, es subsumible bajo el texto citado. El Tribunal Supremo afirma esta cuestión.

Jurisprudencia del Tribunal Especial de contratación en zona roja

El auto de 17 de diciembre de 1942 se ocupa de la incompetencia de jurisdicción. "La debida aplicación de la anterior doctrina al caso de estos autos pone de manifiesto la incompetencia de este Tribunal, por razón de la materia, para conocer de las acciones ejercitadas en la demanda inicial del juicio, porque, como en la misma se expresa, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 524 de la ley de Enjuiciamiento civil, se ejerce en ella una acción ordinaria derivada del Derecho común, cuya naturaleza está determinada por las pretensiones que se aducen y constituyen realmente la sustancia del pleito, ya que se pide que se declare que el pago del préstamo hecho por el demandado sólo le libera de la cantidad que resulta de la aplicación de los porcentajes señalados en la Ley de 7 de diciembre de 1939, y, por tanto, que renace la garantía hipotecaria constituida, y, como consecuencia, la nulidad de la inscripción de la cancelación de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; pretensiones éstas que no pueden comprenderse en ninguno de los supuestos que establece la referida Ley especial.

Las sentencias del 28 de noviembre (núm. 43) y del 2 de diciembre (núm. 44) aplican el artículo 2.º de la ley especial por razones de hecho.

La sentencia del 5 de diciembre de 1942 (núm. 45) aplica el artículo 6.º de la ley especial, ya que no era imputable al deudor el incumplimiento de su obligación, "de haberle hecho abandonar los elementos rojos el pueblo de , lugar de su residencia y donde radicaban sus bienes e industrias, antes de liberar éste las fuerzas del Ejército Nacional, y haber tenido que permanecer contra su voluntad en zona roja".

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

EL PADRE CON PATRIA POTESTAD SOBRE SUS HIJOS MENORES, Y EN SU REPRESENTACIÓN, TIENE CAPACIDAD PARA REPUDIAR GRATUITAMENTE LA HERENCIA O HERENCIAS QUE PUDIERAN CORRESPONDERLES A LOS MISMOS. LA REPUDIACIÓN, MÁS QUE UNA VERDADERA RENUNCIA DE UN DERECHO PATRIMONIAL, ES UNA NO ACEPACIÓN DE LA OFERTA O LLAMAMIENTO LEGAL.

Resolución de 25 de noviembre de 1942. (B. O. de 16 de diciembre.)

Ante el Notario de Alicante D. Luis Verdú Verdú se otorgó escritura en 28 de mayo de 1941, por la cual D. Rafael Martínez Jerez, en representación de sus hijos menores de edad, sometidos a su potestad, D. Rafael y D.ª María del Carmen Martínez Reig, renunció a cuantos derechos pudieran corresponder a los mismos en las herencias de sus abuelos D. Miguel Reig y D.ª María Ferri, fallecidos abintestate, aceptando, como consecuencia de tal renuncia, la otra heredera, D.ª Rosa Martínez Reig, mayor de dieciocho años, emancipada por concesión paterna, dichas herencias, consistentes en un solar que se adjudicó mitad por herencia de su abuelo D. Miguel, y mitad por la de su abuela D.ª María, solicitando del Registrador de la Propiedad la práctica de la correspondiente inscripción.

Presentada la primera copia de la escritura en el Registro de la Propiedad de Alicante, se puso a continuación de la misma la siguiente nota: "No admitida la inscripción del documento que precede porque el padre necesita la autorización judicial para renunciar derechos reales de sus hijos menores, a tenor de lo dispuesto en el artículo 231 del Reglamento Hipotecario, y el derecho hereditario es un derecho

real. Y no pareciendo subsanable dicha falta, no se extiende tampoco anotación preventiva."

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, a fin de que se declarase la misma extendida con arreglo a las prescripciones legales, la Dirección, ratificando la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1906 y las Resoluciones de 13 de julio de 1911 y 25 de agosto de 1925, ha declarado, confirmando asimismo la decisión presidencial que rechazó la nota del Registrador, que el Notario procedió acertadamente al apreciar la capacidad de los otorgantes, porque la declaración de rehusar la herencia hecha por el llamado, testamentaria o legalmente, a la misma implica a veces la exoneración de cargas que en otro caso pudieran originarle perjuicios y hasta arruinarse; que el artículo 1.060 del Código civil faculta a los padres que no tengan opuesto interés para representar a sus hijos menores de edad no emancipados en las operaciones particionales, sin necesidad, no obstante la trascendencia de éstas, de que intervenga la autoridad judicial; que en el derecho moderno, la repudiación, más que una verdadera renuncia de un derecho patrimonial, es una no aceptación de la oferta o llamamiento legal, y dada esta correlación entre aceptar y repudiar herencias, es lógico que el que tenga capacidad para hacer lo primero, la tenga también para lo segundo, siempre que no exista disposición expresa que se lo impida o condicione, toda vez que, con la aceptación se pueden sufrir pérdidas, y con la repudiación, evitarlas; que en el citado Código se contienen reglas especiales respecto a la aceptación y repudiación de herencias dejadas a pobres, establecimientos públicos oficiales, asociaciones, corporaciones y fundaciones, mujeres casadas, incapacitados y menores de edad sujetos a tutela, y nada se preceptúa en cuanto a los menores sometidos a la patria potestad, de lo cual se infiere que se reputó suficiente la actuación del padre; que el legislador español no sólo no recogió los artículos de Códigos extranjeros, que sirvieron en muchos casos de precedentes al nuestro, en los cuales se establece que la aceptación de herencia correspondiente a un menor será siempre a beneficio de inventario, sino que, sin duda por inspirarle confianza la gestión de los padres, no les impuso esta norma; que el procedimiento prescrito en el artículo 164 del repetido Código, por referirse a objetos determinados, es inaplicable a la repudiación de herencia, lo cual casi exigiría una especie de juicio universal en que se estimasen y contrapesaran el activo y el pasivo de la

masa hereditaria, y que el artículo 231 del Reglamento Hipotecario no constituye innovación alguna, porque en el mismo se reproduce lo prevenido en la Real Orden de 28 de agosto de 1876.

FACULTAD CALIFICADORA DEL REGISTRADOR. NO PUEDE SER DISCUTIDA POR ÉSTE LA DECISIÓN DEL JUEZ AL DECRETAR LA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR, BASÁNDOSE EN QUE SE ACOMODÓ O NO A LA LEY DE TRÁMITES, NI LA FALTA DE PERSONALIDAD DEL DEMANDADO, COMO TAMPOCO PUEDE OPONERSE A PRACTICAR LA ANOTACIÓN DE EMBARGO PORQUE EL PROCEDIMIENTO SE SIGA CONTRA HEREDEROS INDETERMINADOS DEL DEUDOR.

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

Por el Procurador D. José Gómez Martínez, en nombre de D. Juan Mateo Toscano Palacios, se promovió, ante el Juzgado de Primera instancia de Posadas, juicio declarativo de menor cuantía contra doña Elvira Guzmán Serrano, obligada solidariamente con su esposo, don Pedro Palacios Bonilla—que falleció intestado el 23 de julio de 1936—, y contra las demás personas desconocidas que puedan tener derecho a la herencia de éste, sobre pago de 10.888 pesetas, intereses a razón del 5 por 100 anual que se devenguen en lo futuro, y costas causadas y que se causen en el procedimiento: decretándose a instancia del actor, por rebeldía de los demandados, el embargo, con prohibición absoluta de venderlos, ni gravarlos, ni obligarlos, de un edificio sin número, destinado a fábrica de aguardientes, y de una quinta parte indivisa de una casa señalada con el número 14, sitos en la Avenida de Soldevilla Vázquez y calle de Gaitán, de la villa de Posadas.

Librado el oportuno mandamiento, el Registrador denegó las anotaciones ordenadas por las razones que consignó en otro presentado por dos veces sobre el mismo asunto. La primera de las notas se fundamentó en no expresarse si la deuda es propia del causante o de su viuda, ni la cantidad que se reclama a cada cónyuge por principal, intereses y costas, ni concretarse estas dos últimas en cantidades ciertas y determinadas; en que, por ser gananciales las dos fincas embargadas, no se acreditaba la adjudicación de la porción que se deseaba embargar en la partición oportuna, y en que los preceptos en que se basan para solicitar la anotación han sido derogados por disposiciones posteriores.

La segunda nota se basó en que hoy día no existen en nuestra legislación civil herederos desconocidos, inciertos e indeterminados y de paradero desconocido en las sucesiones intestadas, en razón al Real Decreto-Ley de 13 de enero de 1928, que reformó los artículos 954 al 957 del Código civil, estableciendo que, a falta de herederos colaterales del cuarto grado, heredaría el Estado; el cual, al desconocerse aquéllos, resultará heredero real, cierto y de domicilio conocido, y cuya representación ostenta en cada provincia el Delegado de Hacienda, contra el que, por tanto, tiene que dirigir su acción el acreedor, y porque la primera parte del número 2.º del artículo 141 del Reglamento Hipotecario, que habla de los embargos contra herederos indeterminados del deudor, por ser copia de otro artículo del Reglamento Hipotecario de 29 de octubre de 1870, que se dictó para regular la legislación civil procedente de las Partidas y demás leyes posteriores, se considera derogado por el Código civil que empezó a regir el 1.º de mayo de 1889, el cual llamó a suceder al Estado, después de los herederos de sexto grado, en las herencias intestadas, y el Real Decreto-Ley que lo reformó.

Entablado recurso por el citado Procurador, el Presidente de la Audiencia dictó auto declarando procedente la práctica de las anotaciones preventivas ordenadas respecto a la cantidad principal objeto de la reclamación, si bien suspendiéndolas, por defecto subsanable, sólo en cuanto al extremo relativo a los intereses y costas, hasta que en ulterior mandamiento se fijen las cantidades respectivas; cuyo auto fué confirmado por la Dirección en cuanto al defecto subsanable señalado en el mismo, por ser firme el auto en tal punto a consecuencia de haber sido consentido por el recurrente, y respecto a los demás extremos, porque, según tiene reiteradamente declarado, las facultades de los Registradores de la Propiedad están limitadas, en la calificación de los documentos judiciales, a la competencia del Juez o Tribunal, a la congruencia del mandato con la correspondiente naturaleza del procedimiento, a los obstáculos dimanantes de los asientos del Registro y a las formalidades extrínsecas de los títulos; que, por consiguiente, de acuerdo con dicha doctrina, tiene declarado el Centro directivo que no es de la competencia del Registrador calificar si el Juzgado, al decretar la prohibición de enajenar, se atemperó o no a la ley de trámites; que la falta de personalidad del demandado no puede ser discutida por el Registrador, porque ello equivaldría a invadir funciones privativas de los encargados de administrar justicia, toda vez que constituye una de las

excepciones que deben ser propuestas en la forma regulada por la ley de Enjuiciamiento civil y cuyo conocimiento incumbe a la autoridad judicial; que la imposibilidad de determinar en ocasiones dónde residen y quiénes son los interesados en una herencia, la circunstancia de que los herederos suceden al causante por el solo hecho de la muerte, el número 3.^º del párrafo 8.^º del artículo 20 de la ley Hipotecaria, y concretamente el párrafo 1.^º del número 2.^º del artículo 141 del Reglamento Hipotecario, han servido de base para que las demandas encaminadas a hacer efectivas obligaciones contraídas por quien falleció sin testamento puedan ser dirigidas contra las personas desconocidas que estén interesadas en la herencia, y, por consiguiente, los Registradores no deben oponerse a cumplir las decisiones judiciales porque el procedimiento se siga contra los herederos indeterminados del deudor; que la reclamación judicial ha sido entablada no solamente contra las personas desconocidas que tengan interés en la herencia de D. Pedro Palacios, sino, además, contra su viuda, es decir, contra todos los posibles interesados en el caudal relicto, y, por lo tanto, el Juzgado, al acordar la anotación preventiva del embargo de bienes reputados gananciales, se acomodó a la legislación y a la jurisprudencia anteriores y posteriores a la reforma del Código civil sobre reducción al cuarto grado del límite del parentesco en la sucesión intestada, sin que sea procedente denegar la ejecución de esta medida de garantía, y no facilitar la rápida administración de justicia, afirmando que no pueden existir herederos legítimos desconocidos y de ignorado domicilio, porque ni eso se ajusta a la indicada práctica forense ni, en todo caso, tal alegación sería útil en el presente recurso, teniendo en cuenta que dicha señora está nominalmente demandada, y la viuda no separada por sentencia firme de divorcio sucede abintestato en todos los bienes del cónyuge difunto, a falta de hermanos y sobrinos, con preferencia a los demás parientes colaterales y al Estado, según ordena el artículo 952 del Código civil; y que, conforme a lo dispuesto en los artículos 958 del mismo cuerpo legal y 4 y 7 del Real Decreto de 23 de junio de 1928, el Estado no puede apoderarse de los bienes hereditarios sin que proceda la declaración judicial de herederos a su favor, por falta de parientes colaterales dentro del cuarto grado y de cónyuge.

G. CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

CÓMO DEBE SER CALIFICADO EL CONTRATO POR EL QUE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA ADQUIERE DE UNO DE SUS SOCIOS UNA PARTICIPACIÓN INDIVISA EN UN INMUEBLE A CAMBIO DE ACCIONES DE LA MISMA SOCIEDAD. LOS ACTOS LIQUIDABLES, ¿SON EL DE COMPRAVENTA Y EL DE APORTACIÓN A LA SOCIEDAD, O SOLAMENTE ESTE ÚLTIMO? (1).

Antecedentes.—Entre una Sociedad anónima y uno de sus socios se otorgó escritura pública en la cual se declaró que el segundo aportaba a la Sociedad una sexta parte indivisa de una fábrica y que, en pago, se adjudicaban al aportante ocho acciones de la misma Sociedad, importantes 40.000 pesetas nominales.

Presentado el documento a liquidación, la Oficina liquidadora giró dos liquidaciones sobre la base de las 40.000 pesetas, una por el concepto y tipo de compraventa y otra por "Sociedades".

Recurrida la liquidación de compraventa ante el Tribunal Económico-Administrativo provincial, éste la confirmó, y otro tanto hizo en su sentencia el Tribunal Contencioso-Administrativo de la provincia.

Como no tenemos a la vista ni la mencionada escritura ni tampoco la de constitución de la Sociedad, nos atenemos a lo que de la sentencia resulta en sus dos únicos considerandos, y, según ellos, la teoría del Tribunal Contencioso provincial es la siguiente: para aplicar el tipo comprendido en la tarifa, en el epígrafe "Sociedades", a las aportacio-

(1) Apartándonos un poco del enunciado bajo el que esta sección se contiene, incluimos en ella unos casos de interpretación del reglamento, vistos según el criterio del articolista, que, aunque no se refieren a resoluciones dictadas por el T. E. A. C. ni a sentencias del T. S., encierran interés, han tenido vida real y pueden servir de orientación a los lectores a quienes esta parte de la REYISTA más particularmente afecta

nes hechas por los socios, es menester que éstas "sean hechas al constituirse la Sociedad" y que "las que se desembolsen o aporten en lo sucesivo lo sean por las estipulaciones sociales o en virtud de las modificaciones o transformaciones que se acuerden", y redondea su criterio añadiendo que "siempre es requisito indispensable que consten en el contrato o en las modificaciones de los mismos".

A esta premisa añade otra segunda, cual es que en los estatutos de la Sociedad recurrente no se estipula nada sobre aportaciones en lo futuro y que "el artículo 4.^º de la escritura social, al conferir al Consejo de Administración la forma de colocar y pagar las 201 acciones, no tiene otra finalidad que facultar a dicho Consejo para este solo extremo"; de cuyas dos premisas deduce la sentencia que la Sociedad, "al adquirir un inmueble pagando su importe con acciones de las que puede disponer, *sin constituir un aumento de capital*, realiza una verdadera compraventa, porque la titulada aportación no ha sido hecha por las estipulaciones acordadas, cual categóricamente exige el artículo 19 del reglamento".

A lo dicho añade después la sentencia que, según el artículo 41, el impuesto ha de exigirse con arreglo a la verdadera naturaleza del contrato, sea cualquiera la denominación que las partes le den, y deduce que el acto es de compraventa exclusivamente.

Comentarios.—Hemos hecho notar que no conocemos los términos concretos de la escritura de constitución de la Sociedad ni los de la escritura discutida, pero, a través del primer considerando reseñado, captamos un dato fundamental para sostener nuestro criterio, radicalmente opuesto al de la sentencia. El dato es que la mencionada Sociedad tenía en cartera un determinado número de acciones, parte de las cuales fueron entregadas al socio aportante en equivalencia de la porción de casa transmitida a aquélla, y que el Consejo de Administración estaba facultado para ponerlas en circulación.

Esto dicho, digamos también que el problema consiste en determinar si el contrato discutido engendra dos actos liquidables, uno de compraventa y otro de aportación a la Sociedad, liquidable por el concepto de "Sociedades", o si, por el contrario, el acto es, civil y fiscalmente, uno solo: el de aportación social.

Está claro, en primer lugar, que el pago de la aportación de que se trata fué hecho por la Sociedad con acciones existentes en cartera, y, por lo mismo, es claro también que, en contra de lo que la sentencia

dice, el capital social sufrió un aumento equivalente a 40.000 pesetas, que es el valor nominal de las acciones puestas en circulación. En esto está precisamente el nervio de la cuestión y de ahí arranca la desviación del camino real en que el considerando incurre. Una Sociedad puede realizar, y realiza de hecho, innumerables actividades jurídicas con sus bienes que nada tienen que ver con los actos que técnicamente se llaman de "constitución" o "aportación" a los efectos del artículo 19 del Reglamento del impuesto, y así puede adquirir bienes dando, en cambio, otros o metálico, y en tal caso habrá realizado una compraventa o una permuta, con lo cual, la persona que con ella contrata quedará, una vez consumado el contrato, tan desligada de la Sociedad como lo estaba antes.

En cambio, quien siendo o no socio de una Empresa, contrata con ella y le entrega determinados bienes o derechos, recibiendo en compensación acciones que la Sociedad tiene en cartera y pone para el caso en circulación, establece con ella un vínculo jurídico y económico que, lejos de terminar, como en el caso anterior, al consumarse el contrato, es fuente de sucesivos y recíprocos derechos y obligaciones en lo futuro. Sencillamente—y esta es la diferencia sustancial con el caso anterior—, el individuo contratante ha adquirido, con su aportación, la cualidad de socio, con todas sus consecuencias, y si ya lo era, ha aumentado su haber y reafirmado, por decirlo así, su condición de tal, y la Sociedad, también a diferencia del anterior supuesto, ha aumentado su capital en la cuantía de la aportación realizada poniendo en circulación las acciones correspondientes, las cuales, de capital "in potentia", pasan a ser capital real, y en manos del aportante, a salvaguardar sus derechos de socio.

A la luz de estos elementales principios, está fuera de toda duda que el contrato analizado en la sentencia examinada es pura y simplemente un acto de *aportación* de bienes a una Sociedad constituida, que no envuelve ni puede envolver al mismo tiempo una compraventa.

Con el argumento que el considerando reseñado contiene, no se puede llegar a la consecuencia a que la sentencia llega, aun admitiendo el sentido literalista que ella da al párrafo 1) del artículo 19 del Reglamento, al decir que el acto de "aportación" sólo nace en el momento de la constitución por el valor de lo que entonces entregan los socios, y que para que nazca posteriormente ha de estar previsto en las estipulaciones sociales, o, en otro caso, previo acuerdo social ulterior.

rior, puesto que siempre que una Sociedad adquiere bienes y a cambio de ellos entrega acciones existentes en cartera, no sólo lleva a cabo un aumento de capital y una apórtación de bienes, sino que realiza un acto que implícita o explícitamente está contenido en las estipulaciones sociales, sean éstas iniciales, sean ulteriores, y que, por lo tanto, cae de lleno dentro de la órbita de ese apartado 1) y, todavía más concretamente, dentro de la del núm. 58 de la tarifa, que dice que no sólo tributan al 0,60 las aportaciones de los socios al constituirse las sociedades, sino también aquellas otras que efectúan "al realizar ulteriores aumentos de capital".

Esto es incuestionable por lo que hace a la aportación de un socio con contraprestación de acciones por parte de la Sociedad, y lo es también cuando la aportación la realiza un extraño mediante esa misma contraprestación, ya que, a más de desprenderse así de las consideraciones expuestas, está terminantemente previsto en el mismo artículo 19 cuando, en su apartado 13), dice que "todo acto que dé lugar a nuevas aportaciones" se considerará como constitución de Sociedad y tributará en tal concepto.

Desde otro punto de vista; en fin, hay que decir que aunque esos preceptos reglamentarios no existiesen, no sería posible calificar el acto analizado como de compraventa, o por lo menos sería muy discutible tal calificación, supuesto que la compraventa supone, en definitiva, la entrega de una cosa determinada a cambio de "un precio cierto, en dinero o signo que lo represente", y en el caso estudiado no se da la contraprestación ni en dinero ni en signo que lo represente, como lo sería, por ejemplo, un cheque o una letra, y, por lo tanto, la calificación procedente sería, en puridad, la de permuta de bienes muebles por inmuebles.

Para terminar nuestro análisis, diremos que para defender que en el contrato en cuestión no existe más acto liquidable que el de aportación o constitución, hemos partido del supuesto de que el valor comprobado de la participación de casa aportada no exceda de las 40.000 pesetas que importa el valor nominal de las acciones, pues si hubiese exceso de valor en lo aportado, habría que aplicar el apartado 2) del mismo artículo 19 y liquidar por la diferencia, en concepto de cesión a la Sociedad, al 5 por 100.

UNA CASA CONSTRUCTORA DE BARCOS HIZO ENTREGA DE UNO A UN ARMADOR, QUE LO RECIBIÓ POR SÍ Y COMO MANDATARIO VERBAL DE VARIOS HERMANOS. POR ESTA ESCRITURA SE SATISFIZO EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES Y TIMBRE CORRESPONDIENTE, Y EN OTRA POSTERIOR LOS HERMANOS AUSENTES ACEPTARON LA ENTREGA Y CONSINTIERON EN SER PARTÍCIPES CON SU HERMANO EN LA EMBARCACIÓN ENTREGADA. ESTA SEGUNDA ESCRITURA, ¿ENCIERRA UN ACTO LIQUIDABLE POR EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES EN EL CONCEPTO "SOCIEDADES".

La interesante cuestión que aquí se plantea encierra, a la vez, otras dos: una, al contrastar los hechos con los preceptos del Derecho sustantivo del Derecho mercantil, y otra, al enfrentarlos con la legislación del impuesto de Derechos reales.

El primero de esos dos aspectos consiste en determinar si la adquisición de un buque en las condiciones propuestas engendra o no una Compañía, esto es, una persona jurídica independiente de la individual de cada uno de los adquirentes.

Este aspecto del caso quedaría resuelto de plano si nos atuviéramos al texto literal del primer párrafo del artículo 589 del Código de Comercio, cuando dice que "si dos o más personas fueran partícipes en la propiedad de un buque mercante, se presumirá constituida una Compañía por los copropietarios: pero es lo cierto que, no obstante lo terminante del precepto, pueden oponerse muy serios reparos a la conclusión que tan claramente parece fluir gramaticalmente de las líneas transcritas. Es muy dudoso que el verdadero sentido de las palabras y la real intención de la Ley fuese la de que una adquisición de tal naturaleza engendrase una nueva persona jurídica, y para mí es indudable que lo que el Código quiso fué, sencillamente, dejar reglada esa comunidad o copropiedad sobre un bien que, por especiales características y funciones económicas dentro del comercio marítimo, no puede ser aprovechado y explotado como una simple y corriente comunidad de bienes.

Sólo así se explica que, a renglón seguido de la antedicha definición de "Compañía", se hable en los artículos siguientes de "copropietarios" del buque, de "respectiva propiedad", de representación de "la parte menor", de "porción del buque", de tanto y retracto en el caso de venta del mismo: cuyos términos y conceptos son todos, técnicos

mente, perfectamente incompatibles con la existencia de una persona jurídica y un patrimonio distintos e independientes de las personas y patrimonios de los comuneros. De no admitirlo así, habría que llegar a la conclusión de que el legislador confundió y equiparó conceptos irreconciliables, y como esto no es creíble, no queda más camino que adoptar la interpretación que propugnamos.

Siento, pues, la conclusión de que el hecho no es constitutivo de un acto de formación de *sociedad*, y que lo que el Código de Comercio hace es presumirla a los solos efectos de la adecuada reglamentación de la explotación del buque por los comuneros.

Sentada esta conclusión y dando un paso más en nuestro análisis, decimos que, a los efectos fiscales, estimamos que es indiferente admitir o no si la discutida comunidad ha llegado a convertirla en Sociedad el Código de Comercio; es decir, que, sea Sociedad, sea comunidad, está igualmente afectada por el impuesto de Derechos reales; si es lo primero, porque cae de lleno dentro del ámbito fiscal del artículo 19, apartado 1), que grava el acto de constitución, y si es lo segundo, porque le alcanza el contenido del apartado 24 del mismo artículo.

Con esto entramos ya en el segundo aspecto que indicábamos en las primeras líneas de este estudio: el meramente fiscal.

Efectivamente, ese apartado 24) prevé que cuando exista un contrato, cualesquiera que sean las personas que lo celebren, por el cual se constituya una *administración única común* sobre determinados bienes, "se liquidará como constitución de Sociedad, por el valor total de los bienes"; y como estas circunstancias se dan por entero y sin discusión posible en el contrato de que se trata, es claro que la escritura analizada debe tributar como constitución de sociedad.

Contra esto no caben, a nuestro juicio, más que dos objeciones, las cuales vamos a examinar brevemente.

Es la primera que aquí no se da el pacto contractual expreso de constituir una *administración única común*, presupuesto por el mencionado apartado para que el acto esté sujeto al impuesto. A ella contestamos que esa administración, aunque no pactada, está impuesta por la Ley en el citado artículo 589 y siguientes del Código Mercantil y es una consecuencia indeclinable del contrato, y en su virtud, producido el hecho y con él el acto previsto por el legislador fiscal, es indiferente que nazca de la voluntad autónoma o de la adhesión al mandato legal.

La otra objeción arranca del principio general del artículo 43 del

Reglamento, según el cual "a una sola convención no puede exigirse más que el pago de un solo derecho", pero en realidad carece de fuerza. En primer término porque, conforme al mismo artículo, ese principio palidece ante un precepto expreso, como lo es el que comentamos; de la misma manera que no tiene tampoco aplicación en el caso regulado en el apartado 26) de ese mismo artículo 19, y consistente en que la asociación de herederos de una persona para continuar la explotación de bienes del causante, tributa como Sociedad, independientemente de la liquidación por herencia. Este caso tiene gran analogía con el que estudiamos, y en él, en realidad, el acto esencial no es más que uno: el de herencia; sin embargo, el Reglamento lo afecta con el impuesto en ese concepto y en el de Sociedad.

Fuera de ese argumento, aún se puede añadir que el mencionado artículo 43 sienta también, como excepción al pago de un solo derecho, la de que "el documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente en la Tarifa", cuya circunstancia bien puede afirmarse que concurre en el caso de adquisición del buque pro-indiviso, puesto que al lado del contrato fundamental de compraventa que el contrato contiene, está el acto de constitución de la administración única común, el cual, aunque impuesto por la Ley, no por eso deja de ser un acto con sustantividad jurídica bastante para diferenciarse de aquél y para que esa sustantividad sea sometida a tributación.

En conclusión, estimo que el caso propuesto debe ser liquidado como compraventa de fincas muebles, y también como Sociedad, por el valor de los mismos, y que este segundo concepto liquidable más bien nace del apartado 24) del artículo 19 del Reglamento, que del artículo 589 del Código de Comercio.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ VILLAMIL
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

V A R I A

JAVIER MARTÍN ARTAJO y LUIS FERNÁNDEZ SALCEDO: *Arrendamientos rústicos. respuesta a las principales cuestiones planteadas.*—Madrid. 1942.—139 páginas.

Para darse una idea de las normas aplicables al contrato de arrendamiento rústico, es preciso conjugar la ley de 23 de julio de 1942 con la de 15 de marzo de 1935, mantenida en vigor por la de 28 de octubre de 1940, con las modificaciones por ésta decretadas. En vista de tal complejidad legislativa, loable era, sin duda, el afán de los autores de exponer la situación arrendaticia de manera clara y comprensible, anhelo éste conseguido por completo.

Los autores enumeran como principios informadores de la nueva legislación: la libertad contractual, la protección al interés público, la protección al cultivador, el respeto a la propiedad, la supresión del formalismo y la sencillez procesal. A continuación la monografía se ocupa del contrato de arrendamiento rústico, de la duración del arrendamiento, de los derechos y obligaciones de las partes, del retracto, de la prohibición de los subarriendos, de la subsistencia de las aparcerías, de la reparación y mejoras en las fincas arrendadas, de la extinción de los arrendamientos, de la acción de desahucio y de la jurisdicción en materia de arrendamientos. Los autores añaden a estos estudios modelos de un contrato de arrendamiento ordinario y de un contrato de arrendamiento protegido. Siguen unos cuadros sinópticos y la reproducción de la ley de 23 de julio de 1942.

Antes de la promulgación de dicha ley se discutía la validez de los contratos de arrendamiento que no se atenían a la forma prescrita por la ley especial (véase, por ejemplo, Barros Sierra, REVISTA CRÍTICA, 1942, págs. 483 y sigs.). Nosotros, en contra de la tesis, por ejemplo,

de Gundín, mantuvimos siempre la validez de los contratos sin forma con arreglo al Código civil (véase REVISTA CRÍTICA, 1941, págs. 637 a 640), punto de vista hoy día sancionado por el artículo 2.º, párrafo 1.º, de la ley de 23 de julio de 1942, que tiene carácter de interpretación auténtica, aunque este último y la retroactividad de una ley son a veces difíciles de distinguir. Hélo aquí: "Desde la promulgación de esta ley, los contratos sobre arrendamientos de fincas rústicas, lo mismo anteriores que posteriores a la misma, se tendrán por válidos, cualquiera que sea la forma de su celebración y la fecha de su otorgamiento, siempre que en ellos concurren los requisitos esenciales a que se refiere el artículo 1.261 del Código civil. Se reconoce a cada contratante el derecho a exigir de la otra parte el otorgamiento de documento público o privado, siendo del cargo del peticionario cuantos gastos lleve aparejados la formalización solicitada."

Celebramos la publicación del valioso estudio que acabamos de reseñar, y damos las gracias a sus autores en nombre de todos aquellos que buscan consejo e información en tan difícil materia.

FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Discurso leido en la solemne apertura de Tribunales el 15 de septiembre de 1942.—Reus. Madrid, 1942.*
79 páginas.

El egregio presidente de nuestro Supremo Tribunal profundiza en el magistral discurso que tenemos a la vista el intrincado problema de la interpretación del Derecho.

El primer problema que se presenta es el de la *competencia interpretativa de los jueces*. Numerosas legislaciones (Constituciones de Justiniano, Ordenamiento de Alcalá, Ley Primera de Toro, Legislación Josefina en Austria) niéganles dicha competencia, exigiendo que eleven el pleito al legislador para que resuelva la duda. Frecuentemente las legislaciones mandan al juez juzgar según la letra de la ley (1). Sin embargo, pese a todos estos intentos, la magistratura ha reivindicado siempre y con éxito la función interpretativa, respaldada por los auto-

(1) Así, los Fueros Valencianos (Fuero IV, tít. "Comencen les costumes", y en el "Privilegio", 65, Jacobi I, fol 19); Navarra (Ley 6.º, tít. 3.º, lib. 1.º de la Novísima Recopilación de Navarra); Vizcaya (Leyes 13, tít. 7.º y 3.º, tít. 31 del Fuero de Vizcaya); Cataluña (Alfonso II, en las segundas Cortes de Monzón, celebradas en 1289; Jaime II, en las segundas Cortes de Barcelona, de 1299); Aragón ("standum est chartae")

res (Crespi de Valdaura en sus *Observaciones illustratae decisionibus*, 1677; Gothofredo, Baldo, etc.) que concebían tal función como de derecho natural. También se aduce que la mera calificación de una ley como necesitada de interpretación y la remisión de los autos al legislador implica ya una interpretación de la ley. "El problema preocupó asimismo a otros dos eximios jurisconsultos españoles: Fernando Vázquez Menchaca y Fr. Alfonso de Castro. Este negaba toda interpretación de la ley a los súbditos como inferiores a ella, y recomendaba la consulta a la superioridad para desvanecer las dudas que pudiesen ocurrir en la práctica, y aquél, el Pinciano Vázquez, se burlaba donosamente de él diciendo que de su doctrina se seguiría que cuando se tocase una dificultad del "Derecho divino" o del "natural", sería menester, a ejemplo de Icaro, ponerse las alas para subir al Altísimo" (pág. 21). De idéntica opinión que Vázquez son Montalvo, Villadiego, Fermín Berlanga y Escriche. Sin entrar en este lugar en indagaciones filosóficas, observemos de paso tan sólo que el legislador evidentemente está sometido a ciertos límites que o pueden trabar su *deber* o su *poder*. Cuando, por ejemplo, Herodes mandó matar a todos los niños recién nacidos (San Mateo, cap. II, vers. 16), o Faraón dió análoga disposición (Moisés, lib. II, cap. I), infringieron la ley natural, y sus disposiciones eran, por ende, jurídicamente nulas. Pero por ello no eran de hecho ineficaces, y aunque un mandamiento en contra de la ley natural encontrará la resistencia de todos aquellos en cuyos corazones ésta reine, no faltarán personas pervertidas que se presten a ejecutarlo. Por esta razón decimos que la ley natural limita y encauza el deber, mas no el poder del legislador. Otras normas hipotecan, en cambio, el poder legislativo. Ni que decir tiene que todas las leyes de la Naturaleza pertenecen a este grupo. Así, se dijo con acierto que el "Parlamento inglés podía hacer todo menos convertir un hombre en una mujer". Pero, además de las leyes de la Naturaleza, forman parte de este grupo ciertas leyes sociológicas. Opinamos, por ejemplo, que el legislador no puede prohibir la existencia de derecho consuetudinario "contra legem" (1). Y tampoco puede, en nuestro entender, prohibir la interpretación por aquellas personas que han de aplicar las leyes: aplicación e interpretación son idénticas.

El segundo problema consiste en la limpida separación entre la *interpretación reconstructiva del pensamiento legislativo* y la *interpre-*

(1) V REVISTA CRÍTICA, 1942, pág. 748 y nota 2.^a ibidem.

tación que, a fuer de creación, completa y modifica la ley. Clemente de Diego resucita a este efecto los términos de "interpretatio legis" y de "interpretatio juris". "Dado ese concepto general y extenso de la interpretación, es natural que queda dentro de él un cierto desdoblamiento, como el que se manifiesta en la antigua distinción *interpretatio legis* e *interpretatio juris*, que en los modernos escritores se corresponde con la interpretación propiamente dicha de la ley mera y pura declaración del sentido y pensamiento legislativo y la libre investigación científica del Derecho, interpretación no tanto de la ley como del Derecho objetivo, que busca inspiración en otras fuentes formales del Derecho, o en otros principios extraños a la ley y superiores a la voluntad legislativa" (pág. 67).

REVISTA DE REVISTAS ALEMANAS.

I. *Filosofía de Derecho*.—El doctor Hans Harten acaba de publicar un folleto sobre la comunidad del pueblo: *Die völkische Gemeinschaft* (Berlín, Junker und Dünnhaupt, 1941; 158 págs.), libro severamente criticado por el profesor doctor Krüger (*Deutsches Recht*, 1942 pág. 1.643). El autor concibe la cultura como una forma especial de la naturaleza: la naturaleza consciente y voluntaria. Este punto de vista permite poner en parangón la comunidad humana con las sociedades animales (hormigas, termitas, abejas, etc.) y vegetativas. El autor considera, por ejemplo, un bosque como el tipo ideal de una comunidad. Harten opina que la comunidad humana no debiera alejarse demasiado de las comunidades vegetativas y sensitivas, ya que la naturaleza inconsciente provee todas las necesidades de manera ejemplar, y un exceso de organización, economía planeada, etc., no es sino perjudicial. Krüger reprocha al autor que la extensión del concepto de comunidad a las sociedades infrahumanas evapore el contenido esencial de la noción; tampoco comparte el entusiasmo optimista de Marten acerca de la perfección de la naturaleza à la Rousseau.

II. *Derecho público* (El derecho a salir de una comunidad eclesiástica en Alemania.)—Oswald Dörner (en *Deutsches Gemein-und Wirtschaftsrecht*, 1940, págs. 193 y sigs. y 219 y sigs.) aborda este tema interesante en un documentado artículo. En general, cada país alemán ha legislado sobre esta cuestión, faltando una reglamentación

unitaria alemana. Sin embargo, debe mencionarse en este último aspecto la ley imperial del 15 de julio de 1921 sobre la educación religiosa de los niños. Reproduciremos, en lo que sigue, los rasgos esenciales y comunes del Derecho alemán sobre el indicado problema.

Comunidades eclesiásticas: Se trata de Iglesias de Derecho público, sobre todo de las Iglesias protestantes, de la Iglesia católica, los metodistas, los baptistas, etc. *Autoridades competentes para recibir la declaración de salida:* En algunos países lo son los Juzgados municipales (por ejemplo, Prusia); en otros lo es la autoridad administrativa (Baden); en otros, finalmente, la misma comunidad religiosa (por ejemplo, Baviera). *Competencia territorial:* Se determina por el domicilio del declarante. *Forma:* La autoridad competente debe levantar acta de la declaración. *Derechos:* La declaración es exenta de derechos de toda clase. *Eficacia de la declaración:* Por regla general, produce efectos desde su misma realización; en algunos países, un mes después. Sin embargo, el cese de la obligación de pagar impuestos suele aplazarse más tiempo. *Capacidad del declarante:* La ley imperial del 15 de julio de 1921, entrada en vigor en Austria desde el 1 de marzo de 1939, distingue las edades hasta doce años, entre doce y catorce años y después de catorce años. Para menores de doce años, el titular de la patria potestad declara su abandono de una comunidad religiosa. Entre doce y catorce años, el titular de la patria potestad necesita el consentimiento del niño para declarar, en su nombre, la salida. Mayores de catorce años, pueden declararla ellos mismos, sin necesitar el consentimiento de nadie. *Diferentes observaciones:* El declarante no tiene que indicar sus razones, ni está obligado a escuchar advertencias de ninguna clase. La publicación de los nombres de las personas salientes está prohibida, bajo pena; asimismo lo es la lectura de los nombres desde el púlpito.

III. *Derecho civil.*—a) Los doctores Rudolf Hermann y Fritz Köhler dan una exposición del Registro de la Propiedad en Austria y los Sudetes: *Das Grundbuchsrecht in den Reichsgauen der Ostmark und im Reichsgau Sudetenland* (Viena, Manz'sche Verlagsbuchhandlung, 1941, pág. 497). El libro trae asimismo un breve resumen del Derecho alemán acerca de idéntica materia. Desde la publicación del libro se han promulgado las siguientes disposiciones concordantes: *Grundbuchsnotelle*, del 19-I-942; decreto "zur Änderung des Beurkundungsrechts in der Ostmark, Sudetenland", etc., del 21-II-942; decreto sobre "die Vereinbarung zwischen dem Deutschen Reich und

dem Protektorat Böhmen und Mähren über das Staatsvermögen und die innere Staatsschuld der ehemaligen tschechoslowakischen Republik". del 2-IV-942; Ausführungsverordnung des Reichsjustizministers über die Zuständigkeit zur Führung der Eisenbahnbücher in dem sudetendeutschen Gebieten, del 28-IV-942; decreto sobre "die Regelung der Eigentumsverhältnisse bei der Anlegung des Grundbuchs im ehemaligen Burgenland", del 4-VI-942; decreto sobre "die Preisüberwachung von Preisverstößen im Grundstücksverkehr", del 7-VII-942 (véase Hesse en *Deutsche Justiz*, 1942, pág. 644). b) Una sentencia del Tribunal Supremo alemán del 15 de enero de 1942 sobre la existencia de una deuda hipotecaria pagable en divisas da lugar a un interesante artículo del profesor Karl Michaelis sobre el mismo tema: "Fremdwährungsschulden und hypothekarische Sicherung" (*Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1942, págs. 278 y sigs.; ibidem, página 285, el mencionado fallo del Tribunal Supremo). La jurisprudencia y literatura alemana distinguen entre "modo de calcular la deuda" ("Berechnungsmasstab") y "medio de pago" ("Zahlungsmittel"). Una deuda puede, por ejemplo, determinarse en atención al precio del oro o a la cotización de una moneda extranjera, mientras que el pago habrá de realizarse en moneda nacional. Si el cálculo de la deuda debiera hacerse a razón del precio del oro, las partes han de someterse al precio del oro fijado por la "Reichsbank" (véase *Verordnung* del 16-XI-940, en combinación con el § 14, párrafo 2.º, del *Reichsbankgesetz*), siendo un kilogramo de oro igual a 2.790 marcos. Algunas veces ocurre que la moneda extranjera que sirve como base de cálculo experimenta una desvalorización antes del vencimiento de la deuda. En este caso, una ley alemana del 26-VI-936 permite al deudor pagar según el nuevo módulo rebajado. Sin embargo, la ganancia del deudor pertenece al Reich como "Abwertungsgewinn" (ley del 23-XII-936). c) El doctor Ernst Gregor publica un interesante artículo sobre la ejecución forzosa a base de una hipoteca existiendo un usufructo posterior o una posesión civil (*Deutsche Justiz*, 1942, páginas 646 y sigs. y 664 y sigs.). El comprador de una finca retrasa frecuentemente la inscripción de su propiedad en el Registro y, con ello, según el Derecho alemán, la adquisición de la propiedad, para obstaculizar posibles ejecuciones en la finca. Sin embargo, dicho comprador se halla ya en posesión de la finca como poseedor civil, aprovechando los rendimientos del inmueble. Desde el punto de vista del acreedor hipó-

teario, la situación jurídica de tal poseedor civil es semejante a la de un usufructuario. Gregor analiza con cierta detención los diferentes problemas producidos por el embargo de cosas muebles, de rentas arrendaticias, de la administración judicial, etc.

IV. *Derecho procesal*.—Los países escandinavos poseen actualmente todos magníficas exposiciones de sus Derechos procesales. Finlandia tiene la obra de Wrede, *Finlands gällande Civilprocessrätt*; Munch-Petersen analiza en Dinamarca *Den danske rettspleje*; Suecia puede referirse a Kallenberg, *Svensk civilprocessrätt*, y recientemente acaba de publicarse en Noruega la monografía de Jon Skeie *Den norske Civilprocess* (ed. 2.^a, t. I, pág. 582; t. II, pág. 512; t. III, pág. 487; Oslo, Olaf Norlis, 1939 y 1940). El Derecho procesal noruego se reglamenta por las leyes del 6 de agosto de 1915, entradas en vigor el 1 de julio de 1927 (ley orgánica del Poder Judicial, ley de Enjuiciamiento civil y ley de la Ejecución forzosa). Existen tres instancias: en primera, el "Bezirks"—y en las ciudades el "Stadt-Gericht"—; en segunda, el "Lagmannsgericht", y en tercera, el Tribunal Supremo ("Høiesterett"). En las primeras dos instancias rigen los principios de la publicidad, de la oralidad y de la inmediación. En la esfera teórica merece especial mención que toda ciencia contemporánea escandinava rechaza la teoría de la relación procesal (*Skeie*, t. I, pág. 378; *Wrede*, tomo I, pág. 288). Herbert Schneider (*Deutsches Recht*, 1942, página 1.495) no aprueba esta posición.

Dr H. E. FRIEDLAENDER: "La Sociedad en poder de un solo accionista" (*One man company*). *Revista Cubana de Derecho*, abril-junio 1942.

"La Sociedad anónima con un solo accionista", por "Juan Hurtado". *Folletones de Arriba*, 15 septiembre 1942.

Lo que hace algún tiempo se reputaba tema académico adecuado para que luciesen sus conocimientos los profesores de Derecho mercantil es hoy un problema de economía superior, práctico y apremiante.

La *One man company* (Compañía de un solo hombre) es una Sociedad anónima (o de responsabilidad limitada), cuyas acciones están concentradas en una sola mano. Aunque el artículo 1.665 de nuestro Código civil y el 116 del Código de Comercio, por vía de definición,

parecen exigir dos o más personas para que la Sociedad exista, es indudable que puede crearse esa situación *ab initio* cuando comparece ante el Notario una sola persona y otorga el acto fundacional, como si se tratara de una obra pía, y también puede resultar de la adquisición o concentración posterior.

En la vida mercantil, la Compañía estudiada cumple las siguientes funciones:

1.^a Favorece la constitución de empresas arriesgadas y la explotación de patentes que acaso comprometan la fortuna del inventor.

2.^a Es un órgano a veces indispensable para extender el comercio y la industria horizontal o verticalmente y presenta, en algunos casos, ventajas indiscutibles sobre las agencias, las sucursales y las correspondencias.

3.^a Concede tal valor a la iniciativa y tal independencia a la gestión, que un agente hábil prefiere el puesto de gerente de una Sociedad pequeña al mandato o apoderamiento de una casa grande.

4.^a La contabilidad es más clara y precisa; el pago de los impuestos se puede hacer más equitativo y suave.

5.^a Facilita extraordinariamente la participación del Estado, Provincia y Municipios en las empresas de gas, electricidad, agua, transportes y otros servicios públicos.

Las ventajas son indiscutibles y la adaptación al medio económico tan adecuada que, a pesar de las ocasiones y peligros de que este tipo de Sociedad se utilice para defraudar al público o a la Hacienda, los economistas y los técnicos del Derecho han repasado de nuevo todas las teorías de la persona social para justificar la existencia del *monstruo* en cuestión, llegando los proyectos más avanzados a permitir la constitución por una sola persona de empresas independientes, con responsabilidad limitada.

Por de pronto, en España, los Notarios no tienen inconveniente en autorizar la escritura de Sociedad anónima otorgada por una sola persona, si bien algunos especialistas exigen que las acciones se hallen ya suscritas por varios cuando se presenten los estatutos en el Registro Mercantil. Y en cuanto a la concentración posterior de las acciones en una sola mano, dadas la falta de publicidad o prueba suficiente y el criterio del Tribunal Supremo que no admite la disolución de Compañías *ex ministerio legis*, si los interesados no la promueven o los Jueces la decretan, pocos serán los juristas que declarén extinguida la persona social.

Los Tribunales de Italia, Francia, Bélgica, Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, Austria y Suiza se han inclinado por la continuidad y validez de la situación creada con la reunión de las acciones. En el fondo de las discusiones juegan los mismos argumentos:

a) La Sociedad anónima así constituida es una especie de testaferro ("dummy"); b) en una interpretación de voluntad más benigna, aparecerá como un fiduciario ("Trustee"); c) siempre que haya *juego limpio*, es decir, mientras no exista la prueba de que se trata de defraudar a terceras personas o al público en general, cabe tolerar la situación; d) si la Sociedad no tiene, en realidad, existencia distinta de la del socio dominante y es solamente una mera agencia que encubre sus maniobras, aquél queda obligado solidariamente; e) aunque se reconozca que la falta de relaciones contractuales provoca la disolución de la Sociedad aparente, se necesita una resolución judicial para extinguirla; f) las personas interesadas en acreditar el estado de cosas, por ejemplo, los acreedores, pueden pedir la disolución y la declaración de que el socio único responda solidaria e ilimitadamente.

Por lo que hace al Derecho español, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1891, al discutir la posibilidad de que se incluya en la razón social su nombre, afirma que no puede existir ninguna Sociedad compuesta de un solo individuo, y Garrigues mantiene esta tesis. "Hurtado" cita como precedentes aceptables el Código de Liechtenstein, el italiano y la ley de 11 de mayo de 1942, que ordena en España la constitución de una Sociedad anónima cuyo único accionista es el Estado, y propone que se acepte como *inevitable* la forma social discutida, rodeando de garantías su constitución, funcionamiento y órganos; regulando la separación de patrimonios, la tutela de acreedores y llegando, en último término, a la responsabilidad ilimitada del dueño de la empresa.

La evolución italiana puede servir de advertencia y guía a la doctrina española. Bonelli, en 1911, admitía la validez de la Compañía durante cierto período. Después de la primera guerra mundial. Straffa y Bonfante sostuvieron en una consulta que no se trataba de un instituto cuyo objeto fuera defraudar la ley, ni de un negocio simulado, y que existía en el Derecho Romano, como tipo de patrimonio separado, el *peculium*. Por último, Ascarelli, en un estudio sobre el negocio indirecto y la Sociedad anónima, demuestra que en la economía moderna

los grupos o individuos dominantes están fuera de la escena y actúan por personas intermedias.

Estas razones fundamentales y la necesidad de organizar seria y dignamente una sociedad en que las juntas generales, las sesiones del Consejo, las relaciones entre mayorías y minorías, la contabilidad, los balances censurados, las Memorias aprobadas y la publicidad, en general, se prestan a toda clase de amaños y son más aparentes que reales, mientras que los contratos y transacciones entre la Sociedad anónima y el socio único, entre la Compañía madre y las filiales, no se inspiran siempre en una lealtad y fidelidad escrupulosas, imponen un estudio profundo del llamado *control* y de la institución discutida antes de dar carta de naturaleza a la Sociedad de un solo hombre.

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS: *Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista* (conferencia desarrollada en el Salón de Actos del Colegio Notarial de Barcelona, el día 21 de abril de 1941).—Barcelona, 1942.—36 páginas.

El conocido autor, que enriqueció la ciencia jurídica por una notable monografía sobre *El enriquecimiento sin causa* (1934), hace objeto de sus estudios a las empresas que continuaron funcionando bajo el dominio marxista, desposeídos sus órganos con firma comercial y suplantados por gerentes o administradores nombrados por el personal obrero de la empresa o por los sindicatos. El Sr. Núñez Lagos excluye tanto las empresas que desaparecieron durante la época roja, repartiéndose entre sindicatos y ramas, como las que seguían funcionando bajo la dirección de su legítimo dueño, aunque fuese la actividad del mismo intervenida y coaccionada. Ahora bien, la validez de los negocios realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista puede defenderse desde dos puntos de vista: 1.º El artículo 286 del Código de Comercio contiene, entre otras cosas, una presunción "juris tantum" de poder, y una extensión mínima y rígida "juris et jure" de ese poder. "El que en época roja estuvo en posesión del cargo de gerente o factor, y como tal contrató sobre materia del giro y tráfico del establecimiento sin notificar al tercero en la antefirma el hecho de la incautación, sin que el tercero conociera la ausencia de autorización del domi-

nus, contrató válidamente con poder, aunque sin mandato; con poder, por apariencia, y, por tanto, vinculó y obligó al dueño frente a tercero de buena fe. Y la buena fe se presume siempre" (p. 10). 2.º La validez de los negocios puede deducirse asimismo de la *negotiorum gestio*. El autor distingue la *negotiorum susceptio* y la *negotiorum gestio*. Ambas tienen de común la gerencia voluntaria de un negocio ajeno. Pero están bien distanciadas, como lo está la representación voluntaria, a cuya esfera pertenece la *negotiorum susceptio* de la representación legal, en cuyo ámbito se encuentra la *negotiorum gestio* por el *utiliter coeptum*. La *negotiorum susceptio* y la *negotiorum gestio* se diferencian por el origen de su fuerza obligatoria, por sus requisitos o elementos y por sus resultados jurídicos. Por el origen de su fuerza obligatoria, la *negotiorum susceptio* no vincula para nada al *dominus* mientras no ratifica. Y si ratifica, las obligaciones del *dominus* tienen su origen única y exclusivamente en su voluntad. La gestión de negocios obliga al *dominus* siempre que se dé el *utiliter coeptum*, y la obligación tiene por fuente la ley y no la voluntad de las partes. No la del *dominus*, porque ésta es inoperante si no ratifica; no la del gestor, por que ésta, como escribe Scialoja, se dirige al fin de gestionar el negocio, no al de obligarse respectos al *dominus*. Por sus elementos o requisitos, la *negotiorum susceptio* no exige ninguno. Cuando llega la ratificación, se convierte en mandato cualesquiera que sean las condiciones de hecho en que se haya desenvuelto el gestor. La *negotiorum gestio* exige, para el nacimiento de cada una de sus acciones, sus requisitos especiales. Por sus resultados jurídicos, la *negotiorum susceptio*, o se frustra con el deje de cuenta, o se transforma en mandato con la ratificación, o desaparece, embebida en la *negotiorum gestio*, si se dió el *utiliter coeptum* (págs 19-20).

El resultado a que llega el autor a base de lo expuesto es, por ende, que los actos celebrados por gerentes intrusos durante la dominación roja obligan en muchos casos hoy día a los dueños de las empresas incautadas, resultado exigido por las necesidades de la seguridad del tráfico.

El estudio, rico en sugerencias sobre la diferencia entre mandato y poder y sobre el origen histórico y la naturaleza jurídica de la *negotiorum gestio*, resuelve un difícil problema con fino tacto jurídico y gran erudición científica.

MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ: *Culpabilidad en Derecho Penal. Especial referencia a la culpa.* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1942; 45 páginas.)

Los penalistas discuten si la esencia de la culpabilidad consiste en un vicio de la inteligencia o de la voluntad. Serrano nos enseña una concepción totalitaria de la culpabilidad: la misma es la expresión de nuestra defectuosidad intelectual, volitiva, afectiva y corporal global. Las siguientes palabras del autor revelan claramente sus opiniones (pág. 16):

"En resumen, es la satisfacción de nuestros egoísmos, como expresión de nuestra propia personalidad normal, ya que la normalidad en nosotros es defectuosa. Si hubiesen dirigido sus investigaciones en esta dirección, en la imperfección humana que mira al "yo" antes que al prójimo, hubiesen centrado el problema y habrían ahorrado camino, y habrían encontrado el fundamento de la culpa en donde está, en la totalidad de la personalidad humana, en su imperfección global, total, en esa ley que le tira hacia abajo egoístamente, imperfectamente."

El autor demuestra a continuación que esa su concepción de la culpabilidad está dentro de la más perfecta ortodoxía, citando textos de San Pablo y de Santo Tomás de Aquino.

Finalmente, esboza los rasgos esenciales de su concepto de la pena, la que, en consonancia con el de la culpabilidad, aspira al perfeccionamiento de la personalidad total.

La obra contiene, por lo demás, interesantes menciones de la teoría de Santo Tomás acerca de la influencia del cuerpo sobre el alma (p. 24), de las diferencias esenciales entre las almas de los diversos hombres (p. 30) y de la "escuela humorálista" (p. 35). Deseamos que el autor desarrolle pronto las consecuencias técnico-jurídicas de su concepción totalitaria de la culpabilidad.

JUAN DEL ROSAL: *Acerca del pensamiento penal español.* (Editorial Aldecoa. Madrid, 1942; 288 páginas) (1).

El autor, conocido de nuestros lectores (REVISTA, 1942, p. 352), reúne en el libro que tenemos a la vista trabajos diversos, que en parte ya habían sido publicados. Helos aquí:

(1) También es digno de atención su reciente libro *Nuevo sentido del Derecho penal* (Valladolid, 1942), que aborda problemas de concepto, método y fuentes.

Acerca del pensamiento penal español.—Política y criminalidad.—Nuevo sentido defensista del Derecho Penal español (doctrina general de la Ley para la seguridad del Estado.—Algunas consideraciones sobre la doctrina particular de la Ley.—Doctrina de la ley de Aborto.—Evolución del concepto técnico-jurídico del delito.—El nuevo Código Penal federal suizo.—Lecciones de Criminología.

Llamamos la atención sobre todo de la exposición somera del desenvolvimiento del concepto técnico-jurídico del delito, así como de la traducción de la parte general del nuevo Código Penal suizo, que unifica por primera vez el Derecho Penal de los diferentes cantones.

LA REDACCIÓN.