

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XIX

Enero de 1943

Núm. 176

## Instrumentos públicos de la Edad de Oro de España

DOS TESTAMENTOS DESCONOCIDOS DE DON FERNANDO EL CATÓLICO

Fortuna grande ha sido conocer *literalmente* dos de los testamentos del Rey Católico, que existían archivados en los ricos fondos del Palacio de Liria en Madrid. Debo a la amabilidad del Duque de Alba que sin moverme de mi despacho, de los dos instrumentos públicos, hayan llegado a mi casa copias literales. El más antiguo de los "testamentos" conocidos del Monarca fué otorgado *en el Real de Tordesillas, miércoles doze días del mes de jullio año del nascimiento de nuestro Saluador Ihesu Cristo de mill e quaatrocientos e setenta e cinco años*. Para que lo conozca, me obsequia el Duque de Alba con un ejemplar, número 31 de la edición, de la obra *Noticias históricas y genealógicas de los Estados de Montijo y Teba*, libro publicado antes de la Guerra de Liberación, y no divulgado; obsequio de dicho Magnate a los historiógrafos dedicados al Rey Católico (1).

En la página 232 se inserta por pertenecer al Archivo de los Arriños y por no ser conocido, puesto que Zurita y los historiadores posteriores no lo citan. Es autógrafo de Fr. Hernando de Talavera, primer Arzobispo que fué de Granada, y lleva la firma autógrafa: "Y Yo el Rey." A continuación, el facsímile del precioso instrumento público.

(1) "Que el Sr. Duque me mandó enviarle." De la carta del archivero D. Julián Paz.

Antes de penetrar en el breve examen del calendado documento, es pertinente añadir que el citado libro es una joya de bibliófilo, editado con lujo, con buen gusto y esplendidez principesca: los facsímiles irreprochables. Los documentos se presentan a nuestro estudio como si estuviésemos viendo los originales. Las vitelas con sus preciosas miniaturas; el fondo de oro y los colores como recién salidos del pincel del artista. El papel magnífico, insuperable.

El otro testamento de D. Fernando el Católico que conocemos *literalmente* por la amabilidad del Duque de Alba es el otorgado en Aranda de Duero, en 26 de abril de 1515. De éste teníamos noticias fragmentarias por referencias de los historiadores y era el menos conocido. "La copia del testamento otorgado en Aranda—me dice el Archivero del Duque, D. Julián Paz—, la ha terminado ahora el paleógrafo y la ha cotejado conmigo mismo, para que tenga usted la seguridad de que el texto es exacto."

Interesantísimo el testamento otorgado por D. Fernando de España, Rey Católico, en Aranda de Duero, porque se aprovechó mucho de su contenido; y sobre su texto se hicieron las modificaciones para el último, según la voluntad del glorioso testador, ilustrado por sus consejeros juristas. De este testamento daremos cuenta a nuestros lectores en otro artículo.

Volviendo al primero, citado en este trabajo, el más antiguo de los conocidos otorgado en Tordesillas en 1475, nos sorprendió su existencia, por las frases contenidas en la cláusula derogatoria del definitivo otorgado en Madrigalejo (Cáceres), en la casa de Santa María, de los Frailes del Monasterio de Guadalupe, a 22 de enero de 1516, cláusula derogatoria (1)—*revocatoria* en la técnica notarial—, en la que se lee: "E revocando así como revocamos y anulamos expresamente de nuestra cierta ciencia todos y cualesquier otros testamentos cobdicios y últimas voluntades por nos hechos y ordenados y por nuestra propia mano firmados, aunque por los Protonotarios nos han sido entregados restituidos cerrados y sellados, de los cuales *no les había de quedar nota ni otro traslado alguno, e por nos han sido lacerados*: hacemos, ordenamos y otorgamos esta

(1) *Derogatoria* Se trata de la Ley por la que se nombra heredero Derecho público: sucesor en la Corona. *Revocatoria*: también se instituye sucesor en los bienes del patrimonio privado.

nuestra última voluntad y postrero testamento de nuestros reynos e señoríos, tierras y bienes"—(1).

Pues, a pesar de lo dicho en la cláusula *revocatoria*, el caso es que poseo literales el último y los dos mencionados.

El de Tordesillas, objeto de este modesto artículo, tiene las notas salientes que vamos a exponer.

A) *Modalidades formales*.—"En testimonio de lo cual la firmé de mi nombre y lo sellé con el sello de mis armas, y quise que estuviese cerrado y sellado en poder del dicho Padre Prior del dicho Monasterio del Prado. Fray Hernando de Talavera."

Sabemos por estas substanciosas palabras que el testamento fué cerrado y quién debió ser el archivero. Agreguemos que tanto "Fray Hernando de Talavera, nuestro confesor, y al doctor micer Alfonso de la Cauallería, nuestro vasallo y del nuestro consejo", los nombra sus albaceas. Nada mejor, no habiendo en aquel tiempo protocolo especial, que encomendar su guarda a uno de sus albaceas. Además seguía la costumbre de la Roma clásica, de depositar los monarcas sus testamentos en el templo. En Roma entregándolo a la más vieja de las vestales. Alfonso de la Cauallería era el jurista aragonés consejero constante e íntimo del Rey D. Fernando. Veamos el acta de autorización de dicho acto *mortis causa*. Dos días después de firmar su testamento el Monarca (escrito, como se dijo, por Fray Hernando de Talavera), en las espaldas del pergamino—cerrado en forma de sobre o cubierta—, se lee: "A quatorce días del mes de julio del año del nascimiento de nuestro Señor Ihesucristo de mil e quatrocientos e setenta e cinco años, en una cámara del monasterio de Santo Thomas del orden de Santo Domingo, sito al cabo de la puente de la villa de Oterdesillas, donde el muy alto e muy poderoso Príncipe Rey e Señor el Señor D. Fernando por la gracia de Dios Rey de Castilla, de León y de Sicilia, primogénito daragón, tenía puesto su real, en presencia de mi Gaspar Darinyo, por su autoridad notario público en todos sus reynos e señoríos, fizo su testamento, postrimera e vltima voluntad, según se contiene en esta cédula, cosida con folio blanco e sellada con el sello de su cámara, el qual testamento quiso que valiese por vía de testamento codicilo o de cualquiera otra

(1) "Reynos e señoríos". "Derecho público". "Tiertas y bienes". Derecho privado. Esta distinción se puede hacer constantemente e ir señalando el ámbito público o privado de la disposición *mortis causa* a la vez norma estatal.

última e postrimera voluntad, e mandó a mí que la dicha cédula entregase al reverendo padre D. Fray Fernando de Talavera, Prior del Monasterio del Prado, del orden de Santo Hieronimo, que presente estaua, y rogó a los infrascriptos que dello fuesen *testigos*, y son éstos: el reverendo D. Alfonso de Fonseca, obispo de Avila; D. Enrique Enríquez; Gonzalo Chacón; Gutierre de Cárdenas y Rodrigo de Ulloa, Contadores Mayores; Perafan de Rivera; Gómez de Benavides y Pedro de Ribadeneyra, mariscales, e Ferrán Núñez, del Consejo de dicho Rey nuestro Señor.—En fecha y testimonio de lo cual, yo dicho Gaspar Darinyo escreui esto de mi mano e lo firmé de mi nombre.—*Gaspar Daryño* (firma autógrafa).” Testamento del Rey Católico hecho (autorización) por Gaspar de Aryño. Revocado Cajón 4, número 281.

El acta de autorización es tan interesante, que no tiene desperdicio.

Veamos. Nos da la fecha de la autorización y el lugar y el *edificio* donde fué otorgado; el nombre del fedatario, Gaspar Darinyo o “de Aryno” y su jurisdicción. Nos dice que no obstante hospedarse en el Monasterio de Santo Tomás, toma como su albacea al prior del Prado de la Orden de San Jerónimo, respondiendo esto a la independencia de carácter del Rey D. Fernando, y nos señala el acta el nombre de los testigos. Luego veremos, Dios mediante, cómo se siguió la regla *locus regit actum*, siguiendo el Derecho castellano vigente a la sazón, y qué normas eran las vigentes.

A) *Edificio*.—En todos los testamentos de que tenemos noticia del Rey Don Fernando, no sólo se dice el *lugar* del otorgamiento, sino además el *edificio* donde se convierte en *instrumento público*. Era la técnica de los Notarios del reino de Aragón; con jurisdicción extendida, como hemos visto, a Castilla en el Notario del Rey.

En Castilla, entonces y ahora, no se exigía determinar el *edificio*. Véanse los artículos 706, 707, regla 6.<sup>a</sup>, y 695 del Código civil, y la sentencia de 30 de septiembre de 1901: “Basta expresar el nombre de la población, sin necesidad de consignar el sitio o paraje de la misma en que el acto se verifique.” Nada del edificio. Lo mismo en la legislación de Partidas y Derecho común, anterior al Código civil (1).

A los efectos históricos, son más completos en este aspecto los for-

(1) Vide Códigos Antiguos de España, t. II Martínez Alcubilla, Madrid, 1885.

mularios aragoneses. Véase, por ejemplo, lo sucedido en el célebre testamento de la Reina Católica, autorizado por Gaspar de Gricio en Medina del Campo, a 12 de octubre de 1504; los historiadores dudaban dónde otorgó la Reyna. En el castillo de la Mota, según la tradición medinense y los autores de más prestigio; en Santa María la Real, monasterio patrocinado por la Reyna, o en el palacio de la Plaza, de Medina, cerca de San Antolín. En uno de los tres inmuebles, según Quadrado, en su obra tomo *Valladolid* de la colección *España y sus provincias*. Ha sido preciso que el investigador D. Gerardo Moraleja, en el Archivo municipal de Medina del Campo, haya encontrado la oposición a un acuerdo del concejo de poner el peso de la villa en el palacio de la Plaza; oposición firmada por el regidor más antiguo, Francisco Díaz de Mercado, en 1547, fundando su voto en que en el palacio de la Plaza falleció la gloriosa Reyna Doña Isabel. Y es claro que en el mismo edificio otorgaría su testamento en 12 de octubre de 1504, y su códico tres días antes de morir, 23 de noviembre de 1504. Falleció el 26 de dicho mes y año.

Los Notarios del Rey, llamados también Protonotarios, consignan siempre, además del lugar del otorgamiento, el edificio, realizando un gran servicio a la Historia. Véase en el testamento que comentamos, otorgado en Tordesillas a miércoles, 12 días de julio de 1475, y elevado a instrumento público a "quatorce días", viernes del mes de julio de 1475, "*en una camara del monasterio de Santo Thomas del orden de Santo Domingo, sito al cabo de la puente de la villa de Oterdesillas* (Tordesillas)". No cabe la menor duda, y esto nos invita a seguir el ejemplo de los fedatarios de la Corona de Aragón.

B) *Regla locus regit actum*.—Estatuto formal del Derecho internacional privado. Otorga el entonces Príncipe heredero de Aragón, Rey de Sicilia, y bastaba para el testamento *cerrado* otorgado por un aragonés en Aragón, dos testigos (1). Ya hemos visto el número de testigos. La forma es la del lugar del otorgamiento y autorización, y esto nos lleva, estimado lector, a examinar el Derecho civil de Castilla en cuanto a la forma de los testamentos.

El Ordenamiento de Alcalá era la fuente principal del Derecho

(1) En Aragón, con fedatario, *dos testigos*. Ver Luis Franco y López y Felipe Guillén y Caravantes en *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*. Zaragoza, 1841, página 185; y Manuel de La Sala Llanas en *Sistema Español de Derecho Civil Internacional e Interregional*. Madrid, edic. "Revista de Derecho Privado", págs. 28 y otras. y Apéndice al Código Civil, art. 28.

positivo de la época. Y de acuerdo con ésta, que sintetiza el espiritismo jurídico y que fué progresiva, interviene un fedatario para autorizar los actos *mortis causa*, y a lo menos tres testigos.

En las Partidas parecía recomendarse la intervención del escribano en el testamento *cerrado* y se exigían siete testigos.

En el testamento del ciego, "siete testigos e un escribano público".

Se prescinde de éste cuando "non se pudiere auer", y en este caso precisaban ocho testigos.

El *Ordenamiento de Alcalá* no distingue entre testamentos *abiertos* y *cerrados* (1), y en éstos solíase, además del fedatario—norma del Ordenamiento—, añadir la solemnidad de las Partidas, Derecho supletorio, interviniendo siete testigos.

El testamento que comentamos de Don Fernando era *cerrado*, autorizado por el expresado fedatario y por siete prestigiosos testigos, que son: D. Alfonso de Fonseca, Gonzalo Chacón, Gutierre de Cárdenas, Rodrigo Ulloa, Perafán de Rivera (Pedro Afán de Rivera), Gómez de Benavides y Pedro de Ribadeneira.

El tío del testador, Enrique Enríquez (2), y el secretario, Ferrán Núñez, firman también, sin que sean necesarias sus firmas ni tengan validez: el primero, por parentesco, y el segundo, por su oficio.

No se faltó a lo dispuesto por el Ordenamiento de Alcalá en cuanto al número de testigos: "En cualquier manera con Escribano público, deben y ser presentes a lo ver otorgar *tres testigos a lo menos*" (Ley única, título XIX). A lo menos, luego pudo haber siete testigos, de acuerdo con la Constitución de Teodosio (C. 6, 23, 21). Derecho de Roma y con la disposición del Derecho supletorio de las Partidas: Ley II, tit. I, Partida sexta.

C) *Vecindad de los testigos*.—El Ordenamiento de Alcalá agrega: Escribano público y tres testigos a lo menos, "*vecinos del lugar do se ficiere*".

¿Eran los testigos vecinos de Tordesillas? ¿Está debidamente otorgado y la autorización fué con arreglo a derecho en este extremo?

Fuente principal, dijimos, del Derecho positivo a la sazón, era el Ordenamiento de Alcalá. En las Ordenanzas de Montalvo, libro V,

(1) Las Leyes de Toro, norma 3ª, harán la distinción entre *abiertos* y *cerrados* y exigirán para éstos Escribanos y siete testigos, y con arreglo a esta Ley se otorgó el último, *el vigente*, de Don Fernando el Católico.

(2) "D. Enrique, mi tío, hijo del Almirante mi aguelo", tío carnal, según el texto del testamento.

título II, se trata de los testamentos. Contiene dicho título cuatro leyes que fueron llevadas a la *Nueva* y luego a la *Novísima* Recopilación, título XVIII, libro X, de ésta, y que no derogaron el Ordenamiento de Alcalá por no tratar de la vecindad de los testigos. El Derecho supletorio y las *Partidas*, Leyes I y IX, título I, Partida VI, no exigen la vecindad de los testigos.

Lo que interesa en este estudio es la fuente principal. Así, los testigos deben ser vecinos *del lugar do se ficiere* (1): Ley única, título XIX del Ordenamiento; luego los siete testigos del testamento que comentamos debieron ser vecinos de Tordesillas, donde otorgó Don Fernando el expresado testamento. Entre los testigos, y en primer lugar, aparece D. Alfonso de Fonseca, Obispo de Avila. No se guardó, como se ve, el requisito de la vecindad. No eran todos los testigos vecinos de Tordesillas. Contra este criterio cabe exponer los siguientes argumentos: 1.º El Ordenamiento exige *tres testigos, a lo menos, vecinos del lugar do se ficiere*. Y tres testigos firmaron que eran vecinos de Tordesillas, ya que tenían puesto oficial en la Corte: Gonzalo Chacón, Gutierre de Cárdenas y Rodrigo de Ulloa, Contadores mayores.

Se habían cumplido los requisitos de dicho monumento legal. También había intervenido fedatario.

2.º D. Alfonso de Fonseca era titular Obispo de Avila, pero su vecindad estaba en la Corte, siendo aquél título de honor y representado por su Vicario en Avila.

3.º Dice el fedatario: "El cual testamento quiso que valiese por vía de testamento, codicilo o de cualquiera otra última o postrimera voluntad." Y en el texto del testamento dicta el Rey y escribe Fray Hernando de Talavera: "No obstante cualesquier leyes, fueros y ordenamientos."

No hace falta insistir en las modalidades formales, más habiendo sido revocado por otro posterior perfecto.

D) *Caracteres intrínsecos* (2).—Cláusulas. No existen cláusulas en los instrumentos públicos antiguos. Los tratadistas de Derecho notarial, y en la práctica "los fedatarios"—arte de la Notaría—, han

(1) Ha llegado esta norma hasta el artículo 681, número 3.º, del Código civil de España.

(2) La clasificación es de D. Miguel Fernández Casado en *Tratado de Notaría*, tomo I, pág. 358.

entendido en la *lex testamenti*, como la Ley norma (Derecho objetivo), debe tener sus cláusulas o apartados, para su mejor inteligencia y hasta más bella presentación; y así, nosotros señalamos, de los diversos periodos, el contenido referente a un pensamiento o disposición del testador, relacionado con una figura o institución jurídica, con su número correspondiente y punto y aparte.

En la comparecencia y en lugar destacado se justifica el porqué otorga el testador su testamento. "Prosyguiendo la justa defensa destos reynos hasta derramar la sangre si fuere menester, como manifestamente deuidos y pertenescientes a la muy esclarecida Princesa Doña Isabel reyna verdadera y legitima sucesora, señora y poseedora dellos, mi muy cara y muy amada muger, temiendo el peligro de la muerte que en esta persecución me puede acaescer."

Es la guerra de sucesión a la Corona contra los partidarios de la Beltraneja, y Don Fernando cree muy justificado ordenar su última voluntad, proclamando la justicia de la causa que defiende.

De trascendencia política es la cláusula 10.<sup>a</sup>, que dice: "Instituyo por mi heredera universal en todos mis bienes, assy muebles como rayces, a nuestra muy cara y muy amada hija la dicha Princesa Doña Isabel. Especialmente la constituyo por mi heredera y legitima sucesora en los dichos mis reynos de Aragón e de Cecilia (Sicilia), no obstante qualesquier leyes, fueros y ordenamientos y costumbres de los dichos reynos que defiendan que hija no suceda en ellos. (Referencia a la Ley Sállica, mantenida en Aragón.) Yo suplico al Rey mi señor (Don Juan II de Aragón) que de su poderio Real absoluto derogue y case las dichas leyes, fueros y ordenamientos e costumbres. E yo en quanto puedo las derogo, caso e anulo *por esta vez* mas quierolo y ordenolo assí por el gran prouecho que a los dichos reynos resulta y se sigue de ser assí vnidos con estos de Castilla y de León que sea vn principe Rey, señor y gobernador de todos ellos. Y por que este bien público es cierto y notorio ruego y mando en quanto puedo a todos los nuestros súbditos y naturales dellos, esto assy quieran y obedezcan." En estas palabras que preceden aparece bordada con hebras de oro la unidad nacional, pensamiento constante en el cerebro del gran estadista Don Fernando el Católico. En el instante del otorgamiento sólo tiene una hija: la primogénita Isabel. Todavía no ha nacido el Príncipe Don Juan, y no obstante la constante oposición de los aragoneses a sentar en el trono a las hembras, lo ruega y exige: porque, antes que su ca-



riño de padre, está el bienestar y grandeza de los Estados que van a formar la nación española. Y agrega: "sy con buena consciencia se puede hacer, y no en otra manera". Es el respeto a la majestad de las Cortes aragonesas, a las que había que ganar a fuerza de simpatía y respetuoso homenaje.

Las demás cláusulas son civiles: la 2.<sup>a</sup>, que deja a voluntad de la Reina Isabel lo referente a sepelio y sufragios. La 3.<sup>a</sup>, quinientos mil maravedises para redimir cautivos y otro tanto "en casar huérfanas pobres o ayudarlas para que entren en religión".

La 4.<sup>a</sup>: "Iten mando que sean vestidos cien pobres, y que sean deliberados de las carceles otros ciento de los que en ellas están detenidos por deudas que no puedan buenamente pagar, las cuales mando que sean pagadas a sus acreedores."

Respetuoso con la Ley que mantiene la prisión por deudas, impone un rumbo nuevo a la ciencia penal: la libertad de los deudores "que no puedan buenamente pagar". Y deseando no agraviar a nadie, el Príncipe, sintiéndose paternal, paga a los acreedores en nombre de sus súbditos desheredados de la fortuna.

El respeto a los intereses legítimos llena la vida del más genial de los estadistas del siglo XVI. Véase la cláusula 5.<sup>a</sup>: "Pero ante todas cosas quiero y mando que sean pagadas todas las deudas que yo deuo (debo), assi de empréstidos de singulares como de seruiuos que mis seruidores y leales criados me han fecho las quales son contenidas en un quaderno memorial firmado de mi nombre y de Gaspar de Ariño (Notario autorizante del testamento), y otras cualesquier deudas que se fallaren que yo deuo, y que los dichos mis criados y seruidores sean allende desto remunerados según los meritos de sus buenos servicios, especialmente, Mossen Remón Despes, Diego de Torre, D. Juan de Gamboa, Gaspar de Espés, Perea, Charles de Chaus."

Muy interesante la cláusula 7.<sup>a</sup>: "Iten, por que para la ex pedición y execución desta dicha defensa la dicha Reyna, mi muy amada muger, e yo, dimos nuestra fe real de pagar a las Iglesias y personas eclesiasticas todas las quantias con que dellos fuessemos agora socorridos, affectuosamente ruego y encargo a la dicha señora Reyna que ella quiera dar orden como todo sea pagado, pues sabe que esta fue nuestra intención al tiempo que lo pedimos." La Iglesia española prestó a los Reyes Don Fernando y Doña Isabel, en la guerra contra los partidarios de la Beltraneja, la mitad de la plata de los templos,

en prenda de amor a los reyes y presintiendo que serían los defensores de la religión y fundadores de la Patria. No quiere Don Fernando que se olvide esta obligación, y caso de ocurra su óbito, ruega a la Reina que se haga dicho pago. La seriedad de Don Fernando en el pago de sus acreedores hizo que en sus constantes apuros económicos, por una obra tan colosal como la suya, siempre encontrase prestamistas dispuestos a auxiliar a su Rey.

Sólo queda cumplir con la conciencia. Don Fernando fué un mozo enamorado y tuvo sus errores juveniles. Cuando otorga el testamento que nos ocupa, lleva poco tiempo casado, es todavía muy joven; tiene un año menos que su esposa, y en la cláusula 9.<sup>a</sup> suplica a su padre y a su esposa, "*a mi muy cara y amada mujer, que quieran haber cuidado muy especial de criar, prouer y dotar a D. Alonso y D.<sup>a</sup> Juana* (sic) *mis hijos naturales...* y así mismo les encomiendo a sus madres a las quales yo so encargo y non las hago ninguno especiales legados ni mandas, por que confío en su real nobleza que tengan dellos mayor cuydado o aquel mesmo que yo podria tener". Es la hora del Renacimiento, el triunfo de la paganía, que llega hasta la cámara de hombres tan excelsos como González de Mendoza, de la que sería albacea la misma Reina Isabel, la Grande, la Católica, y Don Fernando, humildemente, confiesa sus pecados y quiere remediar el mal hecho. ¡Qué culpa tienen D. Alonso y D.<sup>a</sup> Juana! ¡D. Alonso, después Arzobispo de Zaragoza, Lugarteniente general de Aragón, recordado con cariño y con orgullo por sus méritos, hasta en el último testamento del gran Rey, Padre de España!

Y el broche áureo del acto *mortis causa*, en estas sencillas palabras: "Encomiendo mi ánima en las manos de nuesro Señor Dios que de nada la crio, y vestido de nuestra humanidad por su muy preciosa sangre la redimio, al que suplico que no quiera entrar con ella en juyzio, mas que por su infinita misericordia y bondad la quiera perdonar y en su gloria para syempre collocar, por los méritos e intercepción de su gloriosa madre señora la Virgen Maria y del bienaventurado San Juan Bautista a quien yo tengo especial devoción."

F. GÓMEZ DE MERCADO.

Notario Académico Correspondiente de las Reales  
Academias de la Historia, de Ciencias Históricas de  
Toledo y de San Telmo, de Málaga

# Arrendamientos urbanos

Disposiciones vigentes.—Concepto de este contrato en el Derecho romano, Partidas y antiguo Derecho español.—Código civil y legislación especial.—Facultades de los gobernadores civiles.

## CARÁCTER Y NATURALEZA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Este contrato ha venido siendo regulado por el Código civil, como materia propia y característica del mismo, desde su promulgación. La consideración que para éste tiene por su condición de derecho personal, unido al carácter quiritario que en él se concede a la propiedad, con su secuela, como consecuencia de lo dicho, del respeto absoluto a la misma, así como a la autonomía de la voluntad, que tomó carta de naturaleza en nuestro Derecho a partir del Ordenamiento de Alcalá, muy apto todo ello en el Derecho romano, regulado, ante esa consideración y con un carácter eminentemente personalista, entre otras, por las leyes 9 a 33 y 19, S. 1, título 1, 2, libro 19 Dig. Texto y parg. 1, título 25, libro 3 Inst.; leyes 15, S. 1 y 2; 25 parg. 2 y 33, tít. 2, libro 19 Dig. (1): entonces los propietarios de fincas urbanas eran los más, y no constituía, en modo alguno, problema la materia arrendaticia. Es decir, cada ciudadano, en términos generales se entiende, aunque no tuviese otros bienes de fortuna, poseía, al menos, su casa, por lo que los que habitaban la ajena eran contados (2).

Con este mismo carácter lo toman las Partidas: L. 14 y 21, título 8, partida 5.<sup>a</sup>; L. 21, título 8, partida 5.<sup>a</sup> (3).

(1) Godofredo, en su *Comentario* núm. 33 a la L. 3, tít. 65, lib. 4, Cód. Rm., y los parágrafos 3, tít. 17, lib. 43: 27 parg. 2, lib. 19, Dig.

(2) Véanse, a este respecto, los autores antiguos. Corbella: *Del juicio de desahucio*. Dánvila: *El contrato de arrendamiento y el juicio de desahucio*. Gorzález Alba: *La finca del propietario*. Lastres: *El arrendamiento y el desahucio*. Blanchard: *Le conseil-leur des propriétaires et des locataires*, etc.

(3) Gregorio López, en la Glosa 6 a la L. 6, tít. 8, Part. 5, citando a Bartolo.

En la legislación posterior sigue con idéntico carácter: Decreto-Ley de las Cortes de 8 de junio de 1813 (1), Ley de 9 de abril de 1842 y la del 20 de junio de 1877.

Las complicaciones de la vida al iniciarse la Edad Moderna no dieron lugar tampoco a grandes rozamientos, aunque en la fecha de publicación del Código (1889) ya había sufrido un aumento considerable de población nuestra nación, sin que, al parecer, de ello se percatasen los legisladores, que, fieles a la tradición jurídica del Derecho hispano y al Derecho extranjero, de donde se tomaban, no diremos al pie de la letra, pero sí con bastante fidelidad, estas disposiciones (2), no quisieron abordar de raíz este problema con un cambio completo de la institución, que ya por aquel entonces se imponía (3).

Y lo que no se hizo aprovechando la obra legislativa, momento oportuno para realizar una revisión de este contrato, al igual que en

(1) En una monografía de la época, hecha por autor anónimo, encontramos duras censuras dirigidas, al comentar el Decreto-Ley, a los Poderes públicos entonces imperantes, "ante la libertad concedida en materia de arrendamientos, que causaba muchos perjuicios".

(2) Artículos 1.493 del Código argentino; 3.068 de Méjico, 1.919 de Chile, 1.666 de Guatemala; 1.717 francés, 1.605 holandés, 1.772 del antiguo italiano; 1.601 de Portugal, y 1.753 del anteproyecto belga, por entonces muy en boga. El subarriendo, de tan desastrosas consecuencias, se había infiltrado en nuestro Derecho a través de la Ley 6, tit. 65, lib. 4, Cód. Rom. No obstante, para las casas de Madrid se prohibió, por auto que pasó a integrar, después, la Ley 8, art. 4, tit. 10, lib. 10, de la Novísima Recopilación; pero la Ley de 9 de abril de 1842, antes citada, lo dejó a voluntad de estipulación. Esta Ley constituyó el antecedente más próximo, en este particular, del proyecto del 51, de donde va al Código vigente.

(3) En un manuscrito que, indudablemente, debió de servir a los redactores del proyecto de 1836, pues tiene anotaciones marginales de su puño y letra, hallamos, al lado de ingenuidades como una llamada que señala con la letra "H" al margen del artículo 130 del capítulo destinado a esta materia, titulado "Del arrendamiento", donde dice: "El que recibe en arriendo un predio rústico, se llama colono; el que recibe un predio urbano, se llama inquilino"; otros, de una alteza de miras tal y un adelanto doctrinal de casi un siglo, que realmente nos impresiona, causando gran extrañeza el que no sirviera en aquel tiempo que, como hemos sostenido, estos problemas ya preocupaban como modelo a seguir para convertirlo en Derecho legislado.

Entre otros preceptos, citaremos el artículo 138, que determina textualmente que "durante el tiempo prefijado por las partes o por la Ley, no puede el dueño reclamar el uso de la cosa, aunque sea para sí". En el artículo 139 se dispone que "la Ley no reconoce preferencia en favor de persona alguna para los arrendamientos de casas". El artículo 140, donde dice: "*La enajenación de la cosa inmueble no altera el arrendamiento de ella*". En el artículo 141 se indica que "*la muerte de uno u otro de los contratantes no altera el arrendamiento que hicieron*".

El mismo concepto se observa en todo el desarrollo del proyecto, y aunque peca de omisiones y faltas perdonables por el estado de la Ciencia en aquel tiempo y el confusioismo que existía en los albores de nuestra codificación civil, no deja de ser curioso. Y, sobre todo, nos demuestra que los legisladores prefirieron seguir el camino fácil, como representaba el continuar con lo conocido, a afrontar el problema, romper los moldes tradicionales y resolverlo. Por último, indicaremos, a este propósito, que el

otros de análoga naturaleza se había hecho, hubo de surgir de una manera lenta, incierta, equívoca y de ningún modo definitiva, ya que sus preceptos se van engarzando en el Derecho vigente, como consecuencia de victorias logradas poco a poco por la política en una batalla constante, que pide ya de una vez se llegue a un armisticio, donde, encajando en sus marcos respectivos a los contendientes en lucha, dejen ya de constituir un problema en la vida jurídica de nuestra nación.

Y así, tras un desbroce previo realizado por el Real decreto de 25 de noviembre de 1919, dictado a consecuencia de la multitud de conflictos que surgían entre propietarios e inquilinos, es promulgado, tímidamente, el Decreto de 21 de junio de 1920, que establece la prórroga obligatoria en beneficio de los inquilinos en todos los contratos de arrendamiento vigentes, en las capitales de provincia y poblaciones de más de 20.000 almas en la fecha de su promulgación, sin permitir alteración alguna en sus cláusulas.

Este derecho de prórroga, así como las excepciones a la misma, que determina, pasan al Decreto del 31, hoy vigente, en la forma que más adelante hemos de ver.

Se establece también un derecho en favor de los arrendadores e inquilinos para revisar aquellos contratos que no hubiesen sufrido variación desde 31 de diciembre de 1914, en la forma y cuantía que después lo iba a permitir el Decreto citado, tomando como punto de partida la misma fecha.

El artículo 9.º de este importantísimo Decreto cambia por completo la naturaleza jurídica del arrendamiento, que desde entonces, sin llegar a constituir un verdadero derecho real (1), actúa, al fin y al cabo, como si en realidad lo fuese.

Reforma de tanta trascendencia posiblemente hubo de dejar perplejos a los mismos que la hicieron; pues con el deseo de crear un *statu quo* en la materia ante la gravedad de los problemas que se planteaban, nace con vida limitada, ya que en el mismo se señala como término de

referido proyecto regula sabiamente las causas de desahucio y prevé las contingencias posibles de ruina, destrucción, incendio, etc., dando la consideración, en todos los casos, a esta materia, y el carácter extraconvencional o legal, pues cierra sus cláusulas con estas frases: "La Ley prohíbe hacer convención en contrario." Vid. Archivo de la Comisión General de Codificación. Leg. 2, t. 2.º, est. A.

(1) Entre cientos de sentencias que podrían citarse a este respecto, e insistiendo en su carácter personal, pueden verse las de 11 de junio de 1926, que proclama este carácter y su naturaleza consensual. Antes, la de 5 de marzo de 1924 había señalado como requisitos esenciales de este contrato el tiempo, precio y uso de la cosa.

su vigencia la fecha del 31 de diciembre de 1921, a más de justificarse en la exposición de motivos los que llevaron al legislador a publicar esta disposición apelando al Parlamento, cuyo espíritu—dice—interpreta. El derecho de prórroga se basa en la fuerza mayor, "que extingue o modifica las convenciones jurídicas, y que en muchos casos no sería aventurado apreciar dentro del problema de la vivienda, puesto que, siendo ésta condición esencial de la vida, la moral y los grandes principios de derecho impedirían compeler al inquilino cuyo contrato venció por razón del tiempo o del aviso a abandonar su albergue, siendo notoria la imposibilidad de hallar otro nuevo". La reducción de los precios de alquiler es una consecuencia de la Ley de 23 de julio de 1908, que redujo el interés de los préstamos, y de la de Subsistencias de 11 de noviembre de 1916.

El Fiscal del Tribunal Supremo, en su Circular de 17 de julio de 1920, excita el celo de sus subordinados y deshace de antemano las posibles críticas que pudieran dirigirse a propósito de la disposición.

De esta forma se planteó una de las mayores reformas habidas en la materia, y que abrió por completo el paso a la legislación posterior, que ya no tuvo más que continuar por el camino emprendido, sin solución de continuidad, dado que el plazo de su vigencia fué prorrogándose sucesivamente año por año (1), con ligeras modificaciones, hasta

(1) A manera de nota, queremos dar una sucinta relación del movimiento legislativo en orden a las prórrogas y disposiciones que al mismo tiempo se fueron dictando durante su vigencia: Real decreto de 19 de octubre de 1921, donde se concede la primera prórroga; Ley de 10 de diciembre del mismo año, sobre casas baratas. En 2 de diciembre del siguiente año es nuevamente prorrogado, así como en 13 de diciembre del 23, haciéndolo extensivo, incluso, a las poblaciones de más de 6 000 almas, a más de modificar algunos preceptos por lo que a la tramitación de los juicios de desahucio se refiere y exceptuar de sus reglas, con objeto de favorecer la edificación, las casas que se construyan a partir de 1 de enero de 1924. La Real orden de 5 de febrero de 1924 hace una nueva interpretación del artículo 4.º, apartado b), del Real decreto, y el Real decreto-ley de 17 de diciembre del mismo año devuelve a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los juicios de desahucio, que por Real orden complementaria de 22 de mayo de 1923 habían sido definitivamente perfilados estos Tribunales que suprimen. En 6 de junio del 25, 29 de julio y 21 de diciembre del mismo año sufre nuevas prórrogas y alteraciones. Lo mismo ocurre en 9 de enero del 26, 17 de octubre, 14 y 26 de diciembre del siguiente año. En el de 1928 (Real orden de 24 de mayo), se organiza en forma corporativa, y a tal efecto se crean los Comités Paritarios y las Asociaciones de inquilinos, que en 24 de julio del siguiente año habían de tener constatación oficial. Con anterioridad, el Real decreto de 24 de diciembre del año anterior había prorrogado nuevamente el de 21 de diciembre el 25, que recogió el fundamental de 1920 y suprimido su párrafo 3.º, artículo 2.º, reformando el apartado A) del artículo 5.º El Real decreto de 26 de diciembre de 1930 lo prorroga nuevamente, hasta que el 29 del mismo mes, y año siguiente, lo modifica en el sentido que comentamos en el texto.

se surgió el Decreto de 29 de diciembre de 1931, que no hizo más que asimilarse la doctrina de éste y las alteraciones posteriores, dándole un carácter de generalidad, ya que su vigencia se extiende a todo el territorio nacional, sea cualquiera la cuantía de la población; terminando, pues, con la dualidad, en lo relativo a este particular, de preceptos sobre la materia.

Este Decreto determina, pues, según se ha indicado, el principio general de prórroga en favor de los inquilinos y a petición de éstos, obligatoriamente para los propietarios, sin variación alguna en sus cláusulas, alcanzando ese derecho, incluso a la muerte de los arrendatarios, a los individuos de su familia o a sus socios o representantes.

A los arrendadores se les reconoce la facultad de desahuciar sólo en los casos de falta de pago, permitiéndoseles también oponerse a la prórroga cuando necesiten el local para sí o para sus hijos; por derribo, expropiación forzosa y por ruina declarada en procedimiento seguido ante la autoridad municipal.

Pueden los propietarios elevar el precio de la renta en aquellos locales que siguieren con la misma que se pagaba en 31 de diciembre de 1914, sujetándose, en cuanto a la cuantía, al 10 por 100 en los que no excedan de 1.500 pesetas; el 15 por 100, en los que no pasen de 3.000, y el 20 por 100, en los que superen esa cantidad. Y, en general, el 7 por 100 del costo de la mejora que tienda a la mayor higiene o salubridad que el propietario hubiese realizado en el local.

Asimismo se les reconoce el derecho a prorratear entre los inquilinos las elevaciones por suministros que sufran los servicios de calefacción, agua y otros análogos.

A los inquilinos, además de la prórroga del contrato a que antes hacíamos referencia, se les reconoce el derecho a solicitar la revisión (1) de precios, cuando se consideren perjudicados, si éstos exceden a los autorizados por el Decreto, en 31 de diciembre de 1931, en relación con los que regían en igual fecha de 1914, y en aquellos inmuebles alquilados a partir del referido año, en consonancia con los que rigen en el barrio o localidad en casos similares.

Este derecho a que nos venimos refiriendo fué objeto de modificación en 2 de agosto de 1934, en el sentido de limitarlo al primer año de vigencia del contrato, si bien una disposición dictada anteriormente, 16 de junio de 1932, disponía que los Tribunales cuidaran de que las

(1) El Decreto de 11 de marzo de 1932 desenvuelve esta materia.

rentas que se fijen en los juicios de revisión alcancen a cubrir los gastos de conservación y las contribuciones e impuestos, además de producir un beneficio en relación con su valor, atendidas las condiciones y fecha de construcción del inmueble, tomando por base de esta regulación la que resulte del Registro fiscal.

Ahora bien: todo lo que llevamos dicho no afecta para nada, según el artículo 2.º del Decreto que comentamos:

1.º A los edificios construidos de nueva planta y a los pisos y habitaciones que no hubiesen sido ocupados o alquilados por nadie con anterioridad a 1.º de enero de 1924.

2.º A los contratos de arriendo otorgados con posterioridad a 1.º de enero de 1925 cuyo precio o merced exceda de 500 pesetas mensuales y que no sean meras prórrogas de arriendos vigentes en dicha fecha.

3.º A los arrendamientos de locales y establecimientos de recreo o espectáculos, como teatros, casinos y cinematógrafos.

Sin embargo, cuando la duración del arrendamiento a que se refiere esta excepción hubiera excedido de dos anualidades consecutivas, o cuando en el contrato se hubiere fijado un plazo no inferior a dos años, gozarán los arrendatarios de los derechos que otorga este Decreto, sea cualquiera la época en que los dichos contratos se hubieren celebrado, entendiéndose prorrogados en su vencimiento en beneficio del arrendatario, a no ser que se trate de locales de dicha clase propiedad de instituciones de Beneficencia oficial o particular.

Terminado gloriosamente el Movimiento nacional, la enorme cantidad de problemas de una y otra índole que surgieron dieron lugar a la publicación de un verdadero fárrago de disposiciones sobre la materia, tendentes a sostener las distintas situaciones de hecho creadas por la guerra y a evitar, frenando un tanto los egoísmos de los más poderosos, que los económicamente débiles, obreros sin salario, soldados movilizados, etc., se vieran arrojados a la calle.

La constitución del Instituto Nacional de la Vivienda, la creación del papel de fianzas, etc., añadieron otras tantas disposiciones más a las que de un modo general nos estamos refiriendo. Pero parece ser que los problemas continuaron, y, tomando ya un tinte gubernativo por afectar directamente al orden público, obligaron al Ministerio de la Gobernación a publicar la Orden de 4 de diciembre de 1939, en virtud de la cual se autoriza a los gobernadores civiles para ordenar, con ca-



rácter transitorio y en las localidades que se estime pertinente, normas sobre prórrogas y condiciones de arrendamiento de fincas urbanas en todos aquellos casos que, como antes expusimos, quedaban exceptuados por el artículo 2.º del Decreto de Alquileros de 1931, en el sentido de aplicar los beneficios del mismo, reseñados en la parte primera de este trabajo, a las fincas que el tan repetido Decreto exceptúa. Es decir, se les faculta para hacer aplicables esos derechos de un modo discrecional y con las modalidades que juzgue conveniente, dentro de cada caso particular que a su autoridad se le someta.

El gobernador puede, pues, según el mismo, convertirse en un verdadero legislador y juez al mismo tiempo, ante el caso concreto que se le presente.

Pero, al parecer, esas facultades tan amplias, hoy los ánimos ya más serenos y la vida jurídica normalizada, no son convenientes, por lo cual en 13 de diciembre último se ha dirigido una Orden circular por la Subsecretaría de la Gobernación, en la que se expone ser criterio del Ministerio de que las facultades concedidas por la Orden de 4 de diciembre del 39 se apliquen única y exclusivamente a aquellos casos de notorio abuso de derecho, siempre que, además, trasciendan al orden público o a los intereses colectivos; dejando a los Tribunales de Justicia resolver con la debida garantía procesal aquellas cuestiones en que se debaten únicamente intereses de orden privado, como lo son los relativos a la interpretación, eficacia, cumplimiento, rescisión y nulidad de los contratos de arrendamiento y al consiguiente ejercicio de las acciones de desahucio que nacen de aquellos contratos.

Pero esta Circular, que sólo alabanzas merece, no deroga, ni puede hacerlo en modo alguno, la Orden de 4 de diciembre, ya que sólo manda se guarde medida en su aplicación. Y esto es preciso tenerlo muy en cuenta, ya que no dictada con posterioridad al Decreto fundamental, hoy vigente, disposición alguna que derogue su artículo 2.º, en el cual constan las excepciones, la materia por el mismo exceptuada sale de sus moldes para caer dentro de la legislación general, o sea del Código civil, donde, a nuestro juicio, tienen su encauzamiento los problemas que en torno a esta clase de fincas se susciten, con lo que se observa que después del fárrago legislativo sobre la materia, no es suficiente, y, aun a trueque del confusionismo creado, no nos da la contrapartida de su regulación completa, por lo que a no ser por esta Orden de 4 de diciembre, tantas veces citada, que otorga a los gobernadores facultades para

hacer extensiva a la materia exceptuada la legislación especial, quedaría bajo el fuero de los artículos 1.542 y siguientes del Código civil, donde se regula en forma igual, como hemos indicado al principio, que en la época romana, marcándose con ello, pues, más el contraste entre una legislación de tipo excesivamente progresivo y otra quiritaria y feudal.

Quedan, por lo tanto, los gobernadores como árbitros en la contienda, cosa muy dada a peligros y nada deseable, ya que, por su misión, tienen funciones de carácter distinto a las del orden judicial. Y como representantes que son del Poder Central, en las resoluciones que ante el caso concreto adopten, los contendientes habrán de ver la intervención directa de éste, y no es deseable que el Estado descienda a intervenir en cada caso litigioso, o se vea su influencia directa.

Esto por una parte, y por otra, que las grandes cuestiones motivadas en asunto tan espinoso se suceden y multiplican—sabemos de quejas constantes de propietarios e inquilinos planteando, cada uno por su parte, problemas distintos—, nos hacen esperar con verdadera impaciencia que el Poder público se dé perfecta cuenta de la trascendencia tan enorme que hoy tiene la materia y dicte, al fin, una disposición justa y equitativa que resuelva de una vez para siempre problemas tan arduos y trascendentes como los que plantea la materia arrendaticia, donde la lucha y colisión de intereses se presenta, siempre, más enconada y virulenta (1).

Para completar este estudio, y de una manera general, indicamos a continuación, a modo de apéndice, cuantas disposiciones rigen y están vigentes en este particular.

J. ROBLES FONSECA.

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

*(Continuará.)*

(1) Cuando escribimos esta parte, aún no se había promulgado la Ley de 7 de mayo, que ha venido a llenar, en parte, este vacío que nosotros hacíamos notar.

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

## II

Hemos descrito en las páginas anteriores la situación en que por los años de 1380 se encontraba lo que había de ser Principado de Asturias. Situación impuesta en mucha parte, como indicábamos también, por las especialísimas condiciones naturales de la comarca. Veamos ahora la evolución paralela que sufre la institución nacional de la Monarquía y cómo unas necesidades y otras vienen a incidir en los turbulentos años finales del siglo XIV con la creación del título de Príncipe de Asturias a favor del heredero inmediato de la Corona.

Al morir Pedro I en Montiel, apuñalado por su hermano Enrique, se cancela en nuestra Historia un período de sangrientas contiendas civiles, aunque la definitiva paz no llegara hasta algunos años más tarde, y se abre a la par una época de lucha interna, en la que ya no se discuten campos y ciudades, sino principios jurídicos y legitimidades sucesorias. La dinastía dominante, si bien se siente segura por la fuerza de las armas y por el constante y astuto uso de la táctica de los intereses creados, padece esa especie de remordimiento natural en quien ha conseguido llegar a un grado de elevado poder por los únicos caminos de su ambición y busca ansiosamente una fundamentación legal que pueda, acaso, servirle de salvaguarda en horas de fortuna contraria.

Enrique II muere en 1379 y deja como herencia a su hijo Juan I una dinastía afianzada hasta el punto que permite lo endeble de su cimiento. El panorama político se complicaba con el hecho de que los descendientes legítimos del Rey D. Pedro, sus hijas Constanza e Isabel, juradas herederas del Trono en las Cortes de Bubierca de 1363, habían contraído matrimonio con los Duques de Lancaster y York, hijos del

(\*) Véase el número anterior.

Rey de Inglaterra, y por ello, su causa, vinculada a la de esta nación, era defendida por fuerzas poderosísimas.

El Duque de Lancaster invade Galicia y amenaza con la total ocupación del reino. Pero hay, por fortuna, de uno y otro bando, dos jóvenes príncipes, Catalina, nieta de Pedro I, y Enrique, hijo y heredero del soberano reinante, cuyo oportuno matrimonio, fundiendo en una las aspiraciones de las ramas pretendientes, ha de ser el medio providencial para restablecer la paz y afianzar en la tradición nacional una dinastía poco menos que tambaleante. Se concierta y celebra, efectivamente, tal enlace, con solemne ceremonial, en la catedral de Palencia, y, como para corroborar la alianza, y en homenaje a la ascendencia anglosajona de la nueva Princesa, se piensa en honrar a los jóvenes esposos con un señorío y un título dignos de su alta alcurnia, inmediata a la del monarca, tal como en Inglaterra disfrutaba ya por entonces el heredero de la Corona la dignidad de Príncipe de Gales.

Hay un antecedente de esta práctica dentro de España en la concesión hecha por Pedro IV, treinta años antes de la erección del Principado de Asturias, del Ducado de Girona en favor de su hijo heredero; y fuera de ella, en algunas otras dignidades, vinculadas generalmente en el varón primogénito del monarca.

Había a la sazón una provincia española, ilustre por haber servido de primer asentamiento a la Monarquía, que, aislada del resto de la nación y víctima de las ambiciones de un bastardo real, padecía, como hicimos notar en el capítulo anterior, unas circunstancias políticas anormales que hacían incluso temer por su perpetua integración con la Corona.

Ya hemos dicho que el rebelde infante D. Alfonso había tramado conspiraciones con elementos extranjeros, y ello era, sin duda, un motivo de recelo más. Bien podría haber sucedido que Asturias, franqueada a las naciones de allende el mar por sus muchas leguas de costa y algo aislada de las provincias hermanas del interior por sus cordilleras, hubiera constituido en nuestra Edad Media un Gibraltar del Norte o un Levante bizantino.

Con la concesión al heredero inmediato de la Corona, mientras lo fuera, de la región asturiana, se pensaría evitar de raíz que surgiesen en ella nuevas banderías y proveer en manos de alguien incontrastablemente leal al soberano lo recientemente arrancado del poder de un noble rebelde.

La ceremonia de la investidura se describe en la clásica obra de Salazar de Mendoza *Origen de las dignidades seglares en Castilla y León*, de donde copiamos el pasaje siguiente: "La forma que guardó el Rey en la sublimación de esta gran dignidad fué ésta: sentó a su hijo en un trono real y vistióle con manto y púsole un chapeo en la cabeza y en la mano una vara de oro y dióle paz en el rostro, llamándole Príncipe de Asturias" (1).

Es de notar, como observa Colmeiro, el hecho de que en Inglaterra se hubiera creado el título de Príncipe de Gales a raíz del casamiento de Eduardo, hijo de Enrique III, con la Infanta Leonor, hija de San Fernando. "Singular coincidencia que un enlace de las familias reinantes en Castilla e Inglaterra hubiese dado origen a la dignidad extranjera, y otro enlace por el estilo hubiese introducido una dignidad semejante en nuestra Patria" (2).

No hay duda de que esta dignidad no era un simple título de honor nobiliario, que con esta exclusiva significación se desconocía en la Edad Media, sino que iba acompañada de un dominio pleno sobre la región como patrimonio o mayorazgo, a excepción del Condado de Noreña, perteneciente al Obispo de Oviedo. Que no implicaba tampoco un dominio absolutamente desligado del real se demuestra por el testamento del mismo Rey D. Juan I, en el que se ordena que los Estados de Asturias quedasen para siempre unidos a la Corona, sin que el Infante heredero pudiese enajenarlos jamás.

La consideración que en años anteriores a la creación del Principado de Asturias tenía el Príncipe heredero venía siendo exteriorizada por vagos y variables calificativos, que no incluían generalmente poder jurisdiccional sobre territorio alguno. Así, Alfonso el Sabio llamaba a su hijo D. Sancho "Infante primer heredero", reconociendo en él la primogenitura que había ostentado su hermano mayor D. Fernando de la Cerda, "hijo primero y heredero de estos reinos".

Antes de Alfonso el Sabio, no legalizado aún el régimen de primogenitura, el heredero al que de hecho había de pasar la Corona recibía apelativos aún más inconcretos, tales como los de "Señor del Infan-

(1) Veintiséis años más tarde se celebraría en el reino de Aragón una ceremonia absolutamente análoga a ésta, al investir Fernando I a su hijo el infante Alfonso del título de Príncipe de Gerona, en vez del de Duque de igual denominación que había llevado hasta entonces. Hemos de ver en ello una manera de emulación de Castilla.

(2) Colmeiro. *Curso de Derecho político según la Historia de León y Castilla*, página 204.

tazgo" o "Infante", perseverando, acaso, en el empleo de esta denominación por haber sido aplicada al cabeza de la dinastía, D. Pelayo, si ha de creerse la general tradición asturiana.

Sin embargo, a esta vaguedad y como temor de descubrir ocultas miras políticas de entronización despótica de la estirpe, cabe señalar una significativa excepción en el hecho de que Ordoño II hubiera dado a su hijo Asturias con título de Príncipe, precedente de cierto interés para la consideración del título que historiamos. Tal concesión no tuvo, desde luego, carácter estable en los herederos del Trono, pues se limitó su disfrute al Infante directamente favorecido.

Pero si respecto al grado o jerarquía principesca no tuvo el título repetición en ningún otro Infante real, sí, al parecer, respecto a la región donada, como se desprende de la concesión de ella por Alfonso VII a su hija Urraca, de Fernando II a su hijo Sancho, de Fernando III a D. Alfonso y de éste a un hijo natural de su mismo nombre. Estas daciones, repetidas con significativa persistencia, no han sido aún debidamente estudiadas en su carácter y alcance; pero nos inclinamos a creer, juzgando por lo ocurrido en alguna de ellas, que eran más bien delegaciones del poder del soberano para habitar a sus hijos al despacho de los negocios públicos o para consolarles de su bastardía, que infeudaciones al estilo de la que formalmente se llevó a cabo al erigirse Asturias en Principado. Prueba de ello es que algunos de los Infantes reales mentados—no podemos llegar a asegurar si todos—residieron permanentemente en la región, viviendo en contacto íntimo con los problemas de cada día, tal como mayorinos o adelantados reales, cosa que no era muy de esperar si el carácter de la concesión fuera de libre y plena gracia, desposeída por su mismo significado e importancia de las atenciones cotidianas del gobierno del territorio.

Estos posibles precedentes a la creación del Principado de Asturias nos descubren la continuidad de un estado de preferencia hacia nuestra región en lo que a ser a la par víctima y campo de aprendizaje de manebos reales atañe. Comisión tan honrosa como penosa, que a Asturias le tocó desempeñar demasiadas veces en el concierto de la historia del período de la Reconquista.

## III

El carácter e importancia del título de Príncipe de Asturias, fluctuando a través de nuestra Historia, se patentiza, sin embargo, hasta el reinado de los Reyes Católicos con rasgos idénticos a los que le distinguían en su fundación, como se colige de los documentos publicados por Risco, Pérez de Guzmán, Vida y algunos otros.

El más importante y revelativo de estos documentos es un albalá expedido en Tordesillas por Juan II en el año 1444, confirmando que el Principado de Asturias era mayorazgo del primogénito, haciéndole donación de las ciudades, villas y lugares de Asturias, juntamente con sus tierras, términos, castillos, jurisdicción e impuestos y demás prerrogativas inherentes a la posesión de la provincia.

La primera parte de esta disposición, que es la que acabamos de transcribir, confirma el carácter patrimonial que en la Edad Media se concedía al título, realidad, por lo demás, incontrovertida y carente hoy día de un interés histórico primordial. La razón de ello es que, cercenado el Principado en lo que tenía de dominación material por voluntad de los Reyes Católicos, apoyados, sin duda, en las prudentes razones políticas de que luego hablaremos, subsiste solamente en calidad de institución auxiliar del derecho de sucesión al Trono y ha de ser, por tanto, visto y valorado preferentemente desde un punto de vista nacional y no desde el particular de nuestra región.

Al primordial de estos aspectos concierne la segunda parte del albalá de Juan II, en la que se dispone que el señorío debe pasar, una vez muerto el Príncipe, a manos de su "hijo mayor legítimo y descendiente". Esta es la fórmula, pues, en que señala la legislación medieval las personas a quienes corresponde ostentar la dignidad principesca, y que, por su excesivamente parca redacción, deja franqueado el camino para una lamentable diversidad de opiniones.

No podemos deducir, efectivamente, de ella sino que la concesión del Principado al hijo del monarca se hace por derecho propio y no por graciosa donación real, quedando planteada la cuestión de si en ánimo de sus creadores y definidores medievales podía aplicarse el título a la Princesa heredera, y, en caso de contestar afirmativamente, con qué carácter y extensión se concedería, y la de si una persona no descendiente directa del Rey, pero llamada, en ausencia de hijos e hijas, a subir al

Trono, podría y debería ostentarlo, y bajo qué condicionamientos y modalidades.

A base de esta dualidad de opiniones se suscitó siglos más tarde una polémica, cuyos respectivos términos llegaron a cristalizar en la legislación, y respecto a la cual tomaremos, cuando sea oportuno, la posición que nos parezca más cierta y discreta.

En consecuencia del citado albalá de su padre, Enrique escribe al Principado "vindicando, como dice Colmeiro, su señorío como hijo heredero primogénito del Señor Rey y Principado de Asturias", añadiendo que "los vecinos y moradores de ellas son sus vasallos y que ha y tiene de haber las dichas tierras por título de principazgo y mayorazgo y los otros hijos herederos de Castilla y León que después de él vinieren unos en pos de otros, de grado en grado perpetuamente" (1). Era tanto más necesaria esta declaración cuanto Asturias estaba casi totalmente en poder de varios usurpadores, como el Conde de Armañaque y Pedro y Suero de Quiñones.

De esta suerte, varios Príncipes proveyeron en Asturias diversos cargos de gobierno.

La segunda persona de quien algunos dicen que tuvo la dignidad de Príncipe de Asturias después de D. Enrique de Castilla, fué su hija doña María de Castilla y Alencastre, hecho que, aunque anterior al albalá de Juan II fijador de las características del título, parecería indicar la legitimidad del hecho de que una hembra lo llevara.

Pero aunque no hemos tenido ocasión de profundizar en este punto, no nos parece que se pueda afirmar con certeza absoluta la verificación del otorgamiento. El mismo Canella, defensor de la extensión a las hembras del derecho del título de Princesa de Asturias, emplea a este respecto una forma dubitativa, aunque luego se arrepienta en cierto modo de ella, incluyendo a doña María de Castilla en la "Cronología de Príncipes" que cierra su monografía.

Cánovas del Castillo, por su parte, afirma rotundamente en el preámbulo a su Decreto de 1880, del que más adelante hablaremos, que doña María no fué reconocida Princesa jamás.

Menos expuesta a opiniones contrarias parece la cuestión en doña Catalina, hija primogénita de D. Juan II, acerca de la cual, si bien nada nos dice Cánovas del Castillo, están contestes en afirmar Canella

(1) Flórez: *España Sagrada*, t. XXXIX, págs. 207 y 294. Cit por Colmeiro: *Op. cit.*, pág. 206.



y Colmeiro que fué titulada Princesa, sin el aditamento de Asturias. Otro tanto ocurre con su hermana doña Leonor, también reconocida, hasta el nacimiento del que había de ser Enrique IV, como de indudable derecho a la sucesión.

Doña Juana la Beltraneja, hija de Enrique IV, figura más tarde simplemente como Princesa heredera del reino, tanto en la primera como en la segunda de las juras a que dió lugar la tornadiza voluntad de su padre.

Como Princesa y heredera fué jurada asimismo Isabel, la futura Reina Católica, y años después, su hija del mismo nombre.

Doña Juana, a quien vino al fin la sucesión de los Reyes Católicos, también fué jurada Princesa, primogénita heredera y legítima sucesora de los reinos de Castilla, León y Granada. Para nada figura el nombre del Principado de Asturias en la relación de su jura.

Vemos, pues, que la constante práctica de la Edad Media, ya que no la doctrina escrita, coincide, al parecer, en negar a la hembra heredera el título y mayorazgo del Principado de Asturias.

Pero aun admitido este hecho, corroborado aún más por la historia de la evolución de la dignidad en la Edad Moderna, que será objeto de capítulo aparte, nos abstendremos, desde luego, de deducir de él las consecuencias, equivocadas a nuestro juicio, que refleja la parte dispositiva del decreto de Cánovas del Castillo, cuyo verdadero mérito y oportunidad es, sin duda, más bien debido a la larga disquisición histórica del preámbulo que a la breve norma legal que la sigue.

#### IV

Con Doña Juana la Loca se extingue la antigua dinastía nacional y entra Castilla, bajo la dominación de los Austrias, en una nueva fase de su historia, cuya característica esencial no es otra que la desaparición o amortiguamiento del poder de sus instituciones tradicionales, tanto más en lo que al régimen interno de la Monarquía se refiere, con objeto de buscar una nueva fórmula de síntesis que permitiera la vida de los pueblos peninsulares dentro de una única soberanía.

El rey de Castilla no es, a partir de Carlos I, un soberano dedicado plena y exclusivamente a la gobernación de sus súbditos, sino un político y un guerrero al que reclamaban atenciones múltiples y diversas, ya que reunía en sí la realeza de muchos y diversos Estados.

Había, por tanto, de contentar por igual a unos Estados y a otros, rigiéndolos con idéntico celo y, lo que es más importante aún, aceptando de ellos títulos y honores, sin preferencias en favor de uno determinado que pudieren herir la susceptibilidad de los otros.

No se podía escapar a la maravillosa perspicacia política de los Reyes Católicos, fautores de nuestra unidad nacional, el nuevo papel que la Historia señalaba a los soberanos de España, y, obrando en consecuencia, procuraron emplazar a la institución real en un lugar escrupulosamente equidistante de los regímenes a que se venía ajustando hasta entonces en los antiguos Estados de la Reconquista, ya que era el primordial lazo vinculativo entre ellos.

A tan prudentes razones políticas se debe la desaparición de la antigua práctica castellana de conceder al Príncipe heredero la posesión efectiva de la provincia de Asturias, dejando reducido el Principado a un mero título sin autoridad alguna. La persistencia de la concesión no convenía dentro del nuevo orden político, pues con igual derecho que Castilla podrían solicitar Aragón, Cataluña y Navarra que se proveyera en el Príncipe heredero el gobierno de alguna de sus comarcas, cosa que complicaría extraordinariamente las ceremonias de las juras o que quizá sería de todo punto impracticable.

Sin embargo, los Reyes Católicos, guardando el equilibrio y la moderación que resplandecen en toda su obra política, conservaron la dignidad de Príncipe de Asturias con carácter meramente honorífico, manteniendo junto a ella con la misma consideración el título de Príncipe de Girona, que equivalía en Aragón al título castellano.

Parecerá a primera vista que la medida más oportuna y conveniente hubiera sido suprimir de raíz todos los títulos y mayorazgos particulares del heredero del trono, volviendo a darle la simple denominación de Príncipe a secas, como se acostumbraba antes de 1388. Tal medida, aunque ahorraría en lo sucesivo complicaciones y dispendios, la juzgamos de un absolutismo ridículamente uniformista y antitradicional, y lamentamos, por dicha razón, que haya caído precisamente en ella la monarquía de los Austrias a partir de Felipe II.

El cronista del siglo XVII Jerónimo de Quintana es probablemente el único escritor de su época que se percata de la trascendencia del cambio realizado. Dice así al tratar de los últimos hijos varones de Felipe II: "El príncipe Don Diego fué el último que se juró con el título

de Príncipe de las Asturias, y el príncipe Don Felipe, luego tercero de su nombre, el primero que se juró como Príncipe de las Españas."

Y, en efecto, en el *Ceremonial observado para el juramento del Príncipe*, publicado por D. Antonio Hurtado de Mendoza, de orden real, con ocasión de la jura del príncipe Don Baltasar Carlos en 1632, consta que el juramento que ordenaba el rey prestar a su primogénito se prestaba "como a príncipe de estos reinos". La importancia singular de este ceremonial radica en que a él se han ajustado las juras de los príncipes posteriores, y fué por ello dos veces reimpresso: una en 1789 y otra en 1850.

Más, aunque predomina en las juras y apelativos de los príncipes de la casa de Austria la forma señalada en el citado *Ceremonial*, no por eso dejó en absoluto de nombrárseles Príncipes de Asturias. El título pervivió durante todo el siglo XVII, sin caer nunca en las redes de una Pragmática o Real Cédula que lo clavase, por así decirlo, a una significación y categoría precisas.

Por eso creemos que se equivoca Cánovas del Castillo al afirmar en el preámbulo, ya varias veces citado, de su decreto de 1880, que la denominación desaparece a partir de la reforma de Felipe II incluso del uso común, "conservándose sólo en los libros de ciertos historiadores castellanos, en verdad eruditos, pero no siempre al corriente de las materias del Estado".

Le hubiera bastado al sabio presidente del Consejo de Ministros con repasar los folios conservados en la Real Academia de la Historia, de la que ya era director en la fecha de publicación del decreto, para cerciorarse de lo gratuito de su aserto.

En el documentado *Memorial histórico jurídico* que Fernando Ortiz de Valdés escribió contra la pretensión de D. Miguel de Noroña de que le fuera concedida por Felipe IV, en gracia a sus servicios y a los supuestos derechos de su familia, el título de la Villa de Gijón, se llama a Don Baltasar Carlos "Príncipe y dueño natural" de la misma villa. Claro que este testimonio no lo citamos como raro y único ejemplo del empleo del título durante el siglo XVII, sino como una de las muchas publicaciones en que se menciona y aun exorna de excesivos atributos y prerrogativas.

Pudiera objetarse, empero, que el título vivía solamente en la memoria de unos provincianos, deseosos de avalar con él los memoriales y representaciones al monarca, y que éste y su curia lo toleraban con

el mismo espíritu con que se permitiría a un infante real jugar con la corona de su augusto padre. Sea como fuere, y aunque nos inclinemos personalmente a creer cierta esta última hipótesis, el título rueda durante todo el siglo en diplomas, impresos y disposiciones reales, como la que creó en la actual familia del Conde de Toreno la dignidad de Alférez Mayor del Principado de Asturias, y aun a él se deben movimientos y regocijos populares, como los que el canónigo ovetense Tirso de Avilés narra que tuvieron lugar en la ciudad, organizados por los gremios de menestrales, con ocasión del nacimiento del infante Don Fernando, hijo de Felipe II, y del cual era "este Principado de Asturias su Mayorazgo".

Problema más importante y más digno de consideración que el de la innegablemente escasa trascendencia que bajo la monarquía austriaca se concedió al Principado de Asturias, es el de la actitud que en lo concerniente a la aplicación de dicho título a las hembras se haya observado durante esta época.

Es necesario a este respecto no incurrir en el común error de los que pretenden demostrar la rectitud del decreto de Cánovas del Castillo, que impugna el derecho de la hembra al Principado, utilizando argumentos derivados simplemente del rango secundario que en todas ocasiones tuvo el Principado de Asturias durante el siglo XVII. Por tal razón, hemos de rebajar algo del aparente valor que tiene el hecho de que la infanta Isabel Clara Eugenia estuviera, siendo inmediata sucesora del trono, en los años inmediatamente anteriores a la centuria de que hablábamos, con la única denominación oficial de Infanta.

Otro tanto hay que decir de Doña Ana, hija de Felipe III, así como de Doña Teresa, reina de Francia y cabeza de la dinastía borbónica, que, sin ser princesas, estuvieron durante muchos años en lugar de herederas de la corona.

Haciendo un balance general de la importancia que durante la Casa de Austria tuvo la institución de derecho público que estudiamos, veremos que ésta, si bien despojada casi absolutamente de su valor nacional, nunca dejó de ser reconocida por el Estado, y ni por desuso ni por prescripción expresa puede considerarse abolida.

Había, bien es verdad, desaparecido totalmente el complejo de causas que hizo surgir en la Edad Media el Principado de Asturias. La Monarquía, afianzada extraordinariamente, no precisaba ya de formalidades titulares que hicieran visible su poder a los ojos de todos, y

los mismos progresos del espíritu hacían cada vez menos necesaria la plastificación de los valores abstractos y la reducción de los principios generales a conceptos limitados.

Ya no era preciso simbolizar las ideas de autoridad y derecho concretándolas en algunas denominaciones específicas, y, por tanto, cesa en gran parte la razón de ser de los títulos y mayorazgos concedidos a los primogénitos de los soberanos.

No se reconocerían, por otra parte, en la pacífica región asturiana, semio olvidada a un cabo de la Monarquía, los caracteres de territorio levantisco y campo de lucha civil que la distinguían durante la Edad Media. En la apoteosis de la conquista de América y de las campañas de Europa cumplía fielmente su papel sufragáneo de suministradora de servicios y soldados. y ni siquiera, para su honra, hubo de tomar parte en las graves desmembraciones nacionales del reinado de Felipe IV y de la guerra de la sucesión.

RODRIGO CARVAJAL FERNÁNDEZ.

*(Continuará.)*

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 1942.—*Jurisdicción civil.*

La única cuestión que ha de ser objeto de resolución es la que agita el motivo primero, apoyado en el número 6 del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, al suponer que el Tribunal "a quo" ha cometido abuso en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo de materia que se halla atribuída a autoridades y Tribunales de otro orden; cuestión ésta indisolublemente ligada a la de la naturaleza de la relación jurídica que sirvió de base a la acción ejercitada contra el Ayuntamiento de Yecla de Yeltes, ya que para determinar y fijar la jurisdicción competente ha de ser fundamentalmente tenida en cuenta la naturaleza del respectivo contrato. Al enfocar el problema de que se trata, hay que aceptar como base y punto de partida, desde el lado jurisdiccional, que, según tiene declarado la jurisprudencia, las pugnas que en esta esfera se susciten han de ser decididas con criterio extensivo en favor de los Tribunales del fuero ordinario, representativos de la jurisdicción común y atrayente, siempre que claramente no concurren los requisitos específicos que determinan, según la ley, la competencia del Tribunal Especial, y, coincidentemente, desde el punto de vista sustantivo, que la materia de la contratación ha de ser considerada en principio como fundamentalmente civil y sometida al derecho común, encargado de regular las relaciones existentes entre las personas individuales o jurídicas, si bien por excepción, y a virtud de circunstancias especiales, determinados contratos se asignan, en el ordenamiento jurídico positivo, al círculo del derecho público, produciéndose así la distinción entre los llamados contratos administrativos y los contratos genuinamente civiles, siempre muy vacilante e imprecisa, toda vez que sólo pueden señalarse entre unos y otros diferencias muy tenues, secundarias y circunstanciales.

Entre los criterios que suelen señalarse para diferenciar los contratos administrativos y los civiles figuran como más destacados: 1.º El que atiende a los elementos subjetivos y carácter o posición con que actúan los mismos en la relación jurídica, estimando como contratos civiles aquellos en que la Administración Central, Provincial o Municipal obra como persona jurídica, y como contratos administrativos aquellos otros en que la Administración se muestra como poder y con las prerrogativas que en este concepto le corresponden, siendo consecuencia de ello que lo típico de los segundos es la sumisión de las partes al régimen especial del derecho público, caracterizado por la facultad de imperio con que actúa una de ellas y la subordinación en que se coloca la otra, mientras que lo típico de los primeros es el juego del régimen del derecho privado, caracterizado por la igualdad jurídica de los sujetos. 2.º El que atiende a la forma, tomando en consideración que para los contratos administrativos no rige el principio de libertad formal de las leyes civiles, sino que se exigen requisito y solemnidades especiales, indispensables para su validez y establecidos como garantía de los intereses colectivos. 3.º El que se fija en el contenido de la relación, atribuyendo al campo del derecho administrativo aquellos vínculos en los que intervengan, ya solos o bien al lado de derechos subjetivos de carácter público o deberes normativos, que supongan una obligación hacia la comunidad o hacia la norma jurídica misma, y al campo del derecho civil aquellos otros que envuelven exclusivamente derechos subjetivos privados y deberes jurídicoprivados. 4.º El que mira principalmente al objeto y finalidad, conceptuando como administrativos aquellos contratos en que interviene la Administración legalmente representada y versan, de una manera directa o inmediata, sobre una prestación de servicio público, o, más concretamente, según el tecnicismo consagrado en nuestro Derecho, sobre la realización de una obra pública o un servicio de esta clase, ya sea en interés del Estdo o de las corporaciones locales. Aunque alguno de estos criterios, y especialmente el relativo a la forma, sea insuficiente por sí solo para diferenciar los respectivos contratos, ya que además, y en puridad, la forma no es elemento determinante de la naturaleza del contrato, sino simplemente de su validez y eficacia, todos ellos, estrechamente enlazados, y dentro de la debida jerarquía, facilitan la distinción entre la zona privada y la zona pública de la contratación, que, en suma, como todos los demás aspectos de la diversificación entre el derecho privado, tiene por eje el contenido

y finalidad de las materias que discrimina, ya que, en fin, es el que condiciona la forma y el régimen jurídico de los diversos actos, y en atención a él la Administración obra unas veces como poder y otras como simple persona jurídica. El derecho positivo español se acomoda claramente a estos mismos criterios, como lo demuestra la ley de lo Contencioso administrativo de 22 de junio de 1894, que en sus artículos 1.º y 4.º apunta al del contenido jurídico de las respectivas relaciones, exigiendo para poder interponer el recurso contencioso que la resolución de la Administración "vulnere un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante", añadiendo que no corresponderán al conocimiento de los Tribunales contenciosos "las cuestiones de índole civil y criminal", entendiéndose por cuestiones de índole civil aquellas en que el derecho vulnerado sea de carácter civil y también aquellas que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica, o sea como sujeto de derechos y obligaciones, y a su vez en el artículo 5.º apunta más bien el criterio de la finalidad al atribuir a la jurisdicción contencioso administrativa "las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración Central, Provincial y Municipal, para obras y servicios públicos de toda especie"; precepto este último que ha sido debidamente esclarecido por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en recientes sentencias de 3 de julio de 1941 y 2 de febrero de 1942, en el sentido de que sólo se ha de atribuir carácter administrativo al contrato en el caso de que tenga por objeto "inmediato y directo" la ejecución de obras o servicios públicos, por estimarse que en todas las demás relaciones contractuales la Administración actúa en el mismo plano que cualquier otro sujeto de relaciones jurídicas, siquiera el objeto de éstas constituyan el trámite de previo o el medio preparatorio para llegar en su día al contrato sobre ejecución de las obras o servicios públicos. En el caso del presente recurso la demanda versó sobre la reclamación dirigida contra el Ayuntamiento de Yecla de Yeltes, por quienes habían sido años antes alcalde y concejales de dicha Corporación, a fin de que dicho Ayuntamiento les abonase las sumas que adeudaba por razón del contrato que con él habían concertado al confiar dicha entidad a los demandantes el encargo de que gestionasen préstamos de cantidades, con su exclusiva garantía, al objeto de que el Ayuntamiento pudiera hacer efectivos los desembolsos a que venían obligados por consecuencia del



contrato que para la construcción de un camino vecinal había celebrado con D. B. Gil; y siendo así, no puede caber duda de que, sea cualquiera la especie jurídica de la convención celebrada entre el Ayuntamiento y los actuales demandantes (distinta a todas luces del contrato, evidentemente administrativo, que mediaba entre el propio Ayuntamiento y el contratista Sr. Gil), se trata de una relación jurídica de naturaleza esencialmente civil, sometida al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, ya que al comisionar el Ayuntamiento de Yeltes a los demandantes para la realización de los indicados servicios, lo efectuó excluyendo toda idea de mando o poder, concertando con los comisionados, en un plano de igualdad y sin observancia de formalidades administrativas, las condiciones del negocio, del cual no surgían derechos ni deberes públicos subjetivos, preestablecidos por ninguna ley o reglamento administrativo, sino meros derechos subjetivos civiles, y que no tenían por finalidad directa e inmediata la realización de una obra pública, sino el facilitar a la Corporación el cumplimiento de los compromisos por ella contraídos con un tercero, lo que en modo alguno exigía subrogación de los actores en el lugar de la Corporación. No logran debilitar la tesis expuesta las consideraciones que hace el recurrente, pretendiendo inferir la naturaleza administrativa de la relación jurídica que sirvió de base a la acción formulada contra el Ayuntamiento de Yecla de Yeltes: A) De los elementos subjetivos que en ella intervinieron. B) De la materia sobre que recayó. Y C) De las disposiciones legales que los demandantes invocaron. Pues es obvio, en cuanto al primero de estos aspectos, que la sola circunstancia de que en el negocio interviniese la Corporación municipal y las personas que eran miembros de ella no basta para atribuirle carácter administrativo; en cuanto al segundo, que la naturaleza del contrato originario de realización de la obra pública, no puede, en virtud de una pretendida accesoriedad que la ley y la jurisprudencia no reconocen y confundiendo el objeto de los contratos con su causa ocasional, dar matiz administrativo a la operación de autos; y en cuanto al último punto de vista, que la naturaleza de una acción y la competencia para conocer de ella han de determinarse por los hechos y peticiones de la demanda, no por los textos legales que en ella se invoquen, toda vez que es siempre función del Tribunal aplicar la norma que estime adecuada en el caso (*jura novit curia*).

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1942.—*Documento auténtico.*

La argumentación del primero de los mentados motivos está basada en determinadas manifestaciones que hizo el demandado, en 25 de octubre de 1925, en una diligencia de requerimiento llevada a cabo en la ciudad de Ciego de Avila, de la República de Cuba, en cumplimiento de un exhorto, y que constan en el pleito por testimonio en relación deducida de los autos de juicio universal de D. Angel M. B., las cuales no pueden en modo alguno ser conceptuadas como un acto auténtico a efectos del citado número 7.º del artículo 1.692, ya que, aparte de las dificultades que existen para otorgar la garantía de la autenticidad a una diligencia practicada en país extranjero, sin que conste en qué forma ni con arreglo a qué normas, no podría en ningún caso concederse plena eficacia probatoria al hecho que pretende aquélla acreditar, o sea a la declaración en sí misma, ya que la confesión, máxime cuando tiene, como en el presente caso, el carácter de una confesión simple o extrajudicial, realizada fuera del proceso y sometida, según claramente se desprende del artículo 1.239 del Código civil, a la discrecional apreciación de los Tribunales, no pasa de ser un elemento probatorio que ha de ser aquilatado en combinación con los demás aportados al pleito.

SENTENCIA DEL 24 DE OCTUBRE DE 1942. — *Quebrantamiento de forma.*

Se requiere a la Sala para que, al amparo del número 7.º del artículo 1.693 de la ley Procesal, decrete la nulidad de una sentencia porque emana de un funcionario que, llamado a intervenir en el pleito por mérito de una sustitución legal, no se cuidó de cumplir lo que en tales casos se dispone en el Real decreto de 15 de febrero de 1904; mas debe subrayarse, porque así es cierto y así resulta de la sentencia recurrida, que aquella intervención no sólo se produjo en el momento que se señala, sino también en diversas ocasiones en el curso del pleito, sin que en ninguno de ellos opusiera reparo a la misma que, como vicio determinante de nulidad, se denuncia, según consta de la sentencia en el acto de la vista en apelación. Por la sola virtud de estos antecedentes, se pone de relieve con meridiana claridad la absoluta falta de fun-

damento de que el recurso adolece, porque si se considera la cuestión desde el punto de vista en que el recurrente se colocó para pretender la nulidad, se advierte bien que el artículo 3.º del decreto en cuestión, si impone a los Jueces intervinientes un deber que han de cumplir de oficio, lo hace en contemplación de un posible interés de las partes de alejar del conocimiento de la *litis* al funcionario actuante, que no parece existiera en este caso, cuando *sólo después de dictada la sentencia* quisieron hacerlo valer extemporáneamente y en términos que justifican sobradamente la actitud adoptada por la Sala a ese respecto; y si el problema se considera desde el punto de vista procesal, único que interesa en este evento, notorio es que no existe paridad alguna entre una posible facultad de recusar, que por lo que se deja dicho permaneció *en potencia*, y el hecho de haberse dictado la sentencia recurrida por Jueces cuya recusación, fundada en causa legal, hubiese sido estimada o se hubiese denegado siendo procedente, sin que contra esta tesis pueda argüirse que el supuesto de autos tiene cierta analogía con el previsto por la ley, porque ni es cierto que la tenga, como queda evidenciado, ni, aunque el caso se diese, podría por su sola virtud autorizarse un recurso contra la doctrina de este Tribunal, que en numerosas sentencias, entre ellas las de 24-III-1891 y 2-VII-1941, ha vedado toda extensión analógica o *a contrario sensu* de los casos en que nominalmente procede la casación con arreglo a la ley.

SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1942.—*Competencia.*

En la demanda que inicia estas actuaciones, dirigida contra don José y contra D. Pedro se ejercita una acción de inexistencia por falta de causa y otra de nulidad relativa por vicio del consentimiento de un contrato de venta de determinado coche automóvil que se dice otorgado por el actor D. Antonio... a D. José... mediante fraude y maquinación dolosa de ambos demandados con el designio obtenido de que el coche pasara a poder de D. Pedro; que tanto éste como D. José utilizaron la intimidación para obligar a D. Antonio a que llevase a efecto la venta y son culpables de la nulidad del contrato, y actualmente son poseedores de mala fe del vehículo; y por último se solicita que los dos sean condenados a la entrega del coche al actor y a que reciban de éste 750 pesetas como devolución de parte del precio que percibió. Como tiene declarado esta misma Sala, entre otras senten-

cias, en las de 21-XI-1899, 21-X-1907 y 25-X-1922, el párrafo 2.º de la regla 1.ª del art. 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil debe entenderse aplicable, por razones de marcada analogía, y al sólo efecto de la competencia a las demandas en que se ejercite una acción contra varias personas con el mismo objeto y fundada en la misma causa o razón de pedir, porque la concurrencia de esta identidad de elementos de la acción determina un nexo de solidaridad de intereses en la defensa entre los demandados, aunque las excepciones puedan ser distintas y que en tales casos aconsejen también la aplicación de la expresada regla razones de economía procesal y la conveniencia de que no se divida la continencia de la causa en evitación de sentencias contradictorias.

### Jurisprudencia del Tribunal Especial de contratación en zona roja

La sentencia de 19 de noviembre de 1942 (número 41) deniega la aplicación del artículo 2.º de la ley Especial por razones de hecho, sin interés general. A continuación declara que no cabe confirmar el fallo apelado por la parte actora en lo referente a la reconvencción formulada por el demandado, porque al solicitar éste en ella que se declarase válido y eficaz el pago efectuado por el mismo y extinguida su obligación de hacerle, y que se condenase a los demandantes a otorgar en el plazo de cinco días la escritura de retroventa de las fincas descritas en el hecho 1.º de la demanda, no hizo uso de acción alguna de las que, dimanantes de sus preceptos, autoriza la Ley de 5 de noviembre de 1940 para que sean discutidas y resueltas por los trámites que señala el artículo 19 de la misma ante esta jurisdicción especial, creada con la limitada finalidad de que entienda de aquéllas, sino que ejercitó acciones notoriamente derivadas del Derecho común, y que por ello sólo pueden serlo ante la jurisdicción ordinaria.

La sentencia del 24 de noviembre de 1942 (número 42) aplica el artículo 9.º de la ley Especial y la Orden de 4 de diciembre de 1942, expresiva de una "interpretación auténtica" de la mencionada ley. La

sentencia repite la doctrina sentada en anteriores sentencias (del 30 de diciembre de 1941, 4 y 28 de febrero de 1942, etc.).

La sentencia del 26 de octubre de 1942 (número 39) aplica el artículo 9.º, A), 1.º, de la ley Especial. El "considerando" más interesante sienta la siguiente doctrina: "Las letras de cambio en las que se hizo constar y quedó distribuido el importe del crédito concertado por P. D. con la sucursal del Banco de España en Ciudad Real, no atribuyen a la deuda contraída por aquella demandante carácter distinto del de una mera obligación personal del que participan igualmente las que pudieran exigirse a los demás que en las cambiales intervinieron, por cuanto la relación jurídica creada en virtud de éstas no dió nacimiento a ningún derecho correlativo de aquéllas que fuese ejercitable en cosa alguna, que es lo que acontece en los casos de préstamo con garantía pignoratícia o hipotecaria, a los que se contraen los supuestos 2.º y 3.º de los que en su apartado A) establece el artículo 9.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940, hallándose comprendidas las deudas carentes de estas garantías reales en el supuesto que en propio apartado antecede a los que antes se citan, sin que quepa conceder a la expresión "sin garantía" que en el mismo se consigna otra inteligencia que la de ser excluyente de la prendaria y de la hipoteca a los que después se refiere el artículo."

La sentencia del 19 de noviembre de 1942 (número 40) aplica, en virtud del artículo 18, párrafo 3.º, de la ley Especial, el artículo 62, regla 1.ª, de la ley de Enjuiciamiento civil.

LA REDACCIÓN

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

DERECHO FORAL. — HEREDAMIENTO PREVENTIVO. — ES ÉSTE UNA INSTITUCIÓN DE HEREDERO QUE SUELE HACERSE EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES A FAVOR DE UNO O MÁS HIJOS QUE SE ESPERAN DEL MATRIMONIO PARA EL CUAL SE OTORGAN AQUÉLLAS. SUS EFECTOS, SIN EMBARGO, PUEDEN EXTENDERSE A LOS HIJOS DE CUALQUIER MATRIMONIO POSTERIOR CONTRAÍDO POR LOS OTORGANTES CUANDO LOS MISMOS LO ESTABLEZCAN LLAMÁNDOLOS DIRECTAMENTE A LA SUCESIÓN.

*Resolución de 19 de noviembre de 1942. (B. O. de 8 de diciembre.)*

Ante el Notario de Gerona D. Ramón Forn Bellet se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales el 5 de mayo de 1913, con motivo del proyectado entre D. Alfonso Sabat Pujol y doña Concepción Arnau Juliá, con la concurrencia de los padres de él, D. Pedro Sabat y doña Teresa Pujol, y el de ella y su hermano D. Miguel Arnau Rubert y D. José Arnau Juliá, en la que los padres del futuro esposo le hicieron donación y heredamiento universal, con reserva del usufructo y de la administración, consignándose, entre otros pactos que no interesan, la capitulación quinta siguiente: "Los propios futuros consortes D. Alfonso y doña Concepción, para el caso de fallecer ambos o alguno de ellos sin haber otorgado testamento ni otra clase de actos de última disposición, quieren y es su expresa voluntad que del que así fallezca *sean herederos los hijos e hijas que tal vez Dios se sirva encomendarles*, no todos juntos, sino el uno después del otro, prefiriendo los varones a las hembras y los mayores a los menores de edad, pudiendo disponer de la herencia el que resulte ser heredero, si falleciese con hijos legítimos y naturales, alguno de los cuales alcanzare la pubertad, y, en caso contrario, tan sólo la cuota legitimaria, pasando el resto de los bienes al sucesor inmediato, y así sucesivamente a los demás, y todos en el mismo pacto o condición impuesto al primer instituido, excepto el último, que podrá disponer libremente, queriendo que si al tiempo de abrirse la sucesión, o al tener lugar alguna de las sustituciones, el hijo o hija a quien correspondiere

la herencia se hallare premuerto. habiendo, empero, dejado hijos, se entiendan los mismos instituidos en lugar de su padre o madre premuerto, no juntos, sino el uno después del otro, prefiriendo los varones a las hembras y los mayores a los menores de edad, y todos en el mismo pacto que se ha impuesto a los *hijos de los contrayentes*."

Doña Concepción Arnau premurió a su marido, con el cual tuvo cinco hijos, llamados José María, Luis, Carlos, Pilar y Concepción; y el viudo, que contrajo segundo matrimonio con doña Ana Vallés Dorca, fué asesinado por los rojos el 2 de noviembre de 1936, dejando de sus segundas nupcias otros tres hijos, llamados Francisco Javier, Asunción y Montserrat; dicho señor no ejercitó el derecho que se había reservado de otorgar testamento u otro acto de última voluntad; y a su vez los tres hijos varones del primer matrimonio cayeron gloriosamente por Dios y por España, sin que conste quién murió primero, el 25 de agosto de 1937, en la acción de Codo (Belchite), luchando en las filas del Ejército Nacional.

La viuda, fundándose en que el caudal relicto al fallecimiento de D. Alfonso correspondía, por virtud del transcrito heredamiento preventivo, a su hijo Francisco Javier, como único descendiente varón, otorgó el 27 de marzo de 1940, ante el Notario de Gerona D. Jaime Genover Codina escritura de inventario "a los efectos procedentes, y especialmente a los de inscripción en el Registro de la Propiedad, a nombre del citado hijo, de las fincas y censos radicantes en los distritos hipotecarios de La Bisbal y Gerona, que constituyen la herencia dejada por su marido".

Por otra parte, D. Luis Sabat Pujol y D. Sebastián Arnau Juliá, como tutor y protutor, respectivamente, de las dos hijas del primer matrimonio, menores de edad, doña Pilar y doña Concepción Sabat Arnau, otorgaron el 25 de junio de 1941 escritura de inventario de los mismos bienes ante el Notario de Gerona D. Jaime Lasala Gravisaco, basándose en que el repetido heredamiento preventivo se purificó a favor de doña Pilar, como hija de más edad de las dos habidas en el primer matrimonio, escritura otorgada a iguales efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Presentada primera copia de esta escritura en el Registro de La Bisbal el día siguiente al de la presentación de la primera copia de la escritura otorgada por la viuda, el titular de dicho Registro puso a continuación de este documento la siguiente nota: "No admitida la ins-

cripción del presente documento, en cuanto los bienes radicantes en este distrito hipotecario, por observarse el defecto de que no deben hacerse extensivos los efectos del heredamiento preventivo, pactado con ocasión del primer matrimonio del causante, al hijo varón del segundo, con perjuicio de las hijas habidas en las anteriores nupcias, conforme a la opinión de comentaristas del Derecho foral catalán y a lo declarado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de octubre de 1886, recaída en un caso esencialmente idéntico al del documento calificado, y con arreglo a la cual la hija de más edad del primer matrimonio es la heredera, correspondiendo a todos los demás hijos solamente sus derechos legitimarios. De acuerdo con las indicadas opiniones y sentencia, el tutor y protutor de la hija de más edad del primer matrimonio, doña Pilar Sabat Arnáu, facultados al efecto por el respectivo consejo de familia, otorgaron la escritura de inventario, basada en el mismo heredamiento preventivo y autorizada el 25 de junio último por el Notario de Gerona D. Jaime Lasala, solicitando la inscripción de los mismos bienes a favor de la nombrada hija, cuya primera copia ha sido presentada después de la que motiva la presente nota."

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura calificada al efecto de que se declarase extendida con arreglo a las formalidades legales, la Dirección, ratificando el auto del Presidente de la Audiencia, que desestimó el recurso y declaró que dicha escritura no se hallaba extendida conforme a las prescripciones citadas, y de acuerdo con la nota del Registrador, ha declarado lo siguiente:

Que los heredamientos hechos en capitulaciones matrimoniales tienen por principal objeto la conservación y estabilidad del patrimonio de la familia y la determinación de su estatuto jurídico, inspirado en la organización tradicional, y que en el denominado preventivo se llama a un heredero para el caso de que los heredantes mueran sin haber ejercitado la facultad que se reservan de instituirlo, con el fin de evitar la apertura de la sucesión intestada y la distribución indiferenciada del caudal relicto.

Que planteada en el presente recurso la cuestión de si pueden entenderse a los hijos de un matrimonio los efectos del heredamiento preventivo otorgado en contemplación a un matrimonio anterior, cabe admitir esa interpretación extensiva cuando así lo establezcan los otorgantes en sus capitulaciones al llamar directamente a la sucesión a los hijos de cualquier matrimonio, según ha declarado el Tribunal Su-



premo en su sentencia de 30 de septiembre de 1870, si bien es de notar que en el caso a que se contrae el citado fallo no había quedado descendencia de las primeras nupcias, y la cláusula del heredamiento aparecía redactada en términos que hacían posible su aplicación a los hijos del segundo matrimonio.

Que la interpretación en el caso objeto de este recurso debe ser restrictiva, porque así se deduce del estudio de la respectiva cláusula, en la cual los cónyuges, "para el caso de fallecer ambos o alguno de ellos sin haber otorgado testamento ni otra clase de actos de última disposición", instituyen herederos "a los hijos e hijas que tal vez Dios se sirva encomendarles, no todos juntos, sino el uno después del otro, prefiriendo los varones a las hembras y los mayores a los menores de edad..., y si el hijo o hija a quien correspondiera la herencia se hallase premuerto, habiendo, empero, dejado hijos, se entiendan los mismos instituídos en el lugar de su padre o madre premuertos, no juntos, sino uno después del otro, prefiriendo los varones a las hembras y los mayores a los menores de edad, y todos en el mismo pacto que se ha impuesto a los hijos de los contrayentes"; palabras con las cuales éstos revelan indudablemente su voluntad de que los bienes queden en la prole de su matrimonio, y de que no sean perjudicados por descendientes habidos en posteriores nupcias, y que también responde a la circunstancia de figurar como otorgantes en la escritura de capitulaciones matrimoniales el padre y el hermano de la futura esposa.

Que en el caso debatido no procede extender los efectos del heredamiento preventivo al hijo del segundo matrimonio, por las razones siguientes: 1.<sup>a</sup> Los contratos sucesorios deben interpretarse con sujeción a las normas correspondientes, sin ampliarlos a casos no consignados expresamente, de tal modo que sus propios términos son ley de los otorgantes y de los interesados en su cumplimiento; 2.<sup>a</sup> La totalidad de los capítulos solamente se refieren, por regla general, al matrimonio que los motiva, y en el actual caso se hace constar en la escritura que es el amor que profesan los padres al hijo y la contemplación del matrimonio que se va a celebrar lo que les impulsa a efectuar la donación; y 3.<sup>a</sup> La costumbre del país parece rechazar el llamamiento de los hijos varones de posteriores nupcias, en perjuicio de las hijas habidas del primer matrimonio, excepto en el supuesto de que se pacte, para excluirlas, el heredamiento prelativo.

Y que esta tendencia e interpretación aparecen unánimemente sos-

tenidas por los más prestigiosos tratadistas de Derecho catalán, desde Fontanella hasta Borrell, y se hallan recogidas por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de octubre de 1886, en la cual se resolvió un caso igual al de este recurso.

\* \* \*

Alegó el Notario en su escrito que en los heredamientos preventivos cada uno de los otorgantes dispone de sus bienes con entera independencia del otro, y, sin contar con la aquiescencia de éste, puede dejarlo sin efecto cuando le plazca, como asimismo unas veces los futuros consortes nombran herederos a los hijos que tengan de su proyectado enlace, y otras, en cambio, designan herederos a los hijos que dejasen a su fallecimiento; añadiendo que tal interpretación está conforme con la costumbre observada en las comarcas rurales catalanas, según la cual el nombramiento de herederos recae en los varones con preferencia a las mujeres, y aun en el caso de que se instituya una hija por falta de hijos, es frecuente en tales heredamientos la cláusula de que quedarán sin efecto si el heredante llega a tener un hijo varón, costumbre que refrenda los llamados heredamientos prelativos.

A todo lo cual y otros razonamientos de indudable fuerza y vigor, replicó el Registrador con un informe claro y preciso, que, recogido por el Centro directivo, ha cristalizado en los admirables considerandos arriba copiados, que perfilan meridianamente lo que es el heredamiento preventivo en la organización jurídicofamiliar de la región catalana.

FACULTAD CALIFICADORA DEL REGISTRADOR.—LA ACTUACIÓN OFICIAL DE ÉSTE FUNCIONARIO AL CALIFICAR Y LA DE SUS SUPERIORES JERÁRQUICOS AL RESOLVER LOS RECURSOS INTERPUESTOS CONTRA SU CALIFICACIÓN, NO DEBE SER TAN RESTRINGIDA QUE IMPIDA EL ACCESO A LOS LIBROS HIPOTECARIOS, DE SITUACIONES JURÍDICAS GENERADORAS DE LESIÓN DE DERECHOS.

*Resolución de 11 de agosto de 1942. (B. O. de 31 de agosto.)*

Idéntica en todas sus partes a la de 9 de marzo de 1942, extractada y comentada en el número 168 de esta REVISTA, correspondiente al mes de mayo.

G. CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE 9 DE JUNIO DE 1939.

La extinción del derecho real de censo, declarada en sentencia, es acto sujeto al impuesto, aunque su mención en el Registro de la Propiedad arranque de la Contaduría de Hipotecas y no se haya trasladado a él en el plazo prevenido en el artículo 401 de la ley Hipotecaria, con tal que haya sido objeto de alguna transmisión inscrita con posterioridad a 31 de diciembre de 1862.

La base liquidable es la consignada en la sentencia que ordena la cancelación, no obstante la manifestación improbadada del interesado de qué el gravamen afecta a más fincas que las descritas.

El plazo de prescripción para exigir el impuesto por la cancelación se cuenta desde la fecha de la sentencia que la decreta, y no desde la fecha de arranque de la prescripción extintiva que sirvió de base a aquélla para acordar la cancelación.

*Antecedentes.*—Por sentencia de 4 de junio de 1935 fueron declarados prescritos y extinguidos varios censos y varias menciones de censo que gravaban cuatro cortijos con un capital que importaba 903.502,15 pesetas. La cancelación y extinción fué instada en juicio de mayor cuantía por la dueña de los cuatro cortijos.

La oficina liquidadora giró la liquidación al serle presentado el mandamiento judicial correspondiente, por el concepto censos, al 5 por 100, número 13, de la tarifa, y aquélla fué objeto de recurso, en el que se alegaron como principales argumentos: que los gravámenes pesaban sobre más fincas que las reseñadas en el pleito; que la extinción de censos sólo tributa cuando se realiza por contrato, según el párrafo 2.º del artículo 12 del reglamento; que la declaración de prescripción dictada en la sentencia se fundaba en que las pensiones no se cobraban

desde tiempo inmemorial y que, por lo tanto, para poder exigir el impuesto sería menester probar que tuvieron vida en los últimos quince años; que en abril de 1920 habían sido canceladas de oficio las mismas menciones en cuanto a otras fincas, y, en definitiva, se sostuvo que la acción para exigir el impuesto estaba prescrita.

El Tribunal Central, confirmando la resolución del Provincial, desestimatoria de la reclamación, dice, saliendo al paso de los antedichos argumentos, que la extinción de censos por cualquier título está categóricamente sujeta en el número 2.º de los artículos 2.º de la ley y 5.º del reglamento, y también en el apartado 1) del 12 del mismo reglamento, sin que la redacción del apartado 2) implique que los actos relativos a los censos a que se refiere solamente tributan cuando nazcan de contrato.

Respecto a la eficacia de las menciones y censos objeto de discusión, dice el Tribunal que es indudable, porque aunque procedían de la Contaduría de Hipotecas, no les afecta la ineficacia a que se refiere el artículo 401 de la ley Hipotecaria, ya que están reconocidos en el moderno Registro en transmisión inscrita con posterioridad a 31 de diciembre de 1862, de acuerdo también con lo que dispone, en relación con el artículo 29 de la ley Hipotecaria, el artículo 508 de su reglamento.

Con referencia a la cancelación de oficio causada en 14 de abril de 1920 y al argumento de que los censos y menciones dichas afectaban a otras fincas, dice la resolución que venimos examinando que los motivos de aquella cancelación no son conocidos ni, por lo tanto, aplicables ahora, y que en cuanto a la afección del gravamen a otras fincas, tampoco es argumento admisible, porque no está acreditado el hecho, y en todo caso la no división de los censos entre las fincas gravadas es una realidad cuyas consecuencias sólo a los sucesivos propietarios son imputables, puesto que esa división pudieron hacerla incluso sin consentimiento del censualista, ya que, por tratarse de censos anteriores al Código civil, no les es aplicable la prohibición que establece en su artículo 1.618.

Por fin, el Tribunal rechaza la alegación de la prescripción para exigir el impuesto, fundándose en que, aunque los quince años exigidos por la ley están holgadamente comprendidos en los treinta de la prescripción extintiva declarada en la sentencia invocada, lo reglamentario es que los liquidadores se atengan al contenido del documento

sometido a liquidación—el mandamiento de cancelación en este caso—, en el que conste la extinción del derecho, y con el efecto que a la misma se le atribuya, no teniendo por qué tomar en cuenta el momento en que la prescripción de los derechos de que se trata empezó a correr.

*Comentarios.*—Dos son las cuestiones, entre las que los recurrentes plantearon, que parecen dignas de comentario, a los efectos de esta sección de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO: una, la relativa a si es verdad que la extinción de censos tributa solamente cuando tiene lugar por contrato, y otra, la referente a la influencia que para la prescripción de orden tributario puede tener la prescripción civil extintiva del derecho de que se trate.

Sobre el primer punto, poco hace falta añadir a los razonamientos expuestos por el Tribunal en su acuerdo, porque aparte de la expresa sujeción del acto de que se trata en el apartado 2.º de los artículos 2.º de la ley y 5.º del reglamento y en el número 13 de la tarifa, no se puede sostener sin temeridad que la extinción de censos está sometida a tributación solamente cuando se realiza por contrato, de acuerdo con lo que el apartado 2) del artículo 12 dispone. Para ello hay que atenerse a un literalismo inadmisibile, cual es el de que ese apartado, al referirse especialmente a los *contratos* sobre censos y demás gravámenes de naturaleza análoga y no mencionar los actos de naturaleza no contractual, como lo es, por ejemplo, la extinción por prescripción declarada judicialmente, excluye a estos últimos del impuesto.

Ese apartado, interpretado así, aisladamente, sin conexión con el que le precede ni con los preceptos antes citados, conduce al absurdo de admitir, en contra de toda la técnica y de todos los fundamentos del impuesto, que un acto modificativo de un derecho real puede estar exento o no sujeto cuando todos los demás, idénticos o análogos, que afectan al mismo derecho real están sujetos. Absurdo tanto menos admisible cuanto que el párrafo precedente del mismo artículo 12 sujeta expresamente los mismos actos, y entre ellos el de extinción, referentes a derechos reales, ya nazcan de contrato, ya de acto judicial o administrativo, con la única excepción del derecho real de hipoteca, la cual es objeto de regulación especial en el artículo 13.

En puridad, pudiera sostenerse que ese segundo apartado del artículo no añade nada al primero y que más bien es una redundancia del mismo, puesto que si en éste están regulados todos los derechos reales en cuanto a su constitución, reconocimiento, extinción, etc., ya se lleve

a cabo por acto o por contrato, holgaba hablar en dicho apartado 2.º del censo, que también es derecho real, y, de hacerlo, hubiera sido más claro y más lógico emplear los mismos términos de generalidad, sin concretarse tan sólo a los contratos que al censo afectan.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión apuntada, o sea a la de la prescripción, creemos que a los argumentos empleados por la resolución que comentamos puede añadirse el argumento decisivo que nace del principio general consignado en el artículo 143 del reglamento, cuando en su primer apartado dice que el derecho a liquidar prescribe a los quince años desde el otorgamiento del documento o la existencia del acto, según que sea necesario, el primero o baste la existencia del segundo para que la liquidación se practique. Esta doctrina no es, en definitiva, más que el desenvolvimiento de la consagrada en el artículo 48 del reglamento, relativa a que todos los actos y contratos intervivos, sin excepción, necesitan la exteriorización documental, pública o privada, según los casos, para ser liquidables y caer bajo la acción fiscal. Mientras esa exteriorización no se da, la relación jurídica podrá tener vida ante el derecho civil, pero no la tiene ante el impuesto; y esto quiere decir que hasta ese momento no puede afectarle éste ni para bien ni para mal, lo cual implica también que si la acción administrativa para exigir el impuesto no nació hasta el momento de existir el documento, claro es que no puede empezar a prescribir antes de ese momento, porque lo que no ha nacido no puede ni envejecer ni morir.

Esta misma doctrina es la que se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1934, en cuyo caso también se alegó una prescripción que había empezado a correr en 1906 y no había sido declarada judicialmente hasta 1929. Dicha sentencia estimó, no obstante, que la prescripción de la acción para exigir el impuesto no podía contarse sino desde esa segunda fecha, porque el momento inicial de la prescripción fiscal exige que exista un acto por el que se exteriorice y dé a conocer de un modo evidente el derecho a exigir el impuesto.

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

La personalidad del presentador del documento es completa al efecto de ser notificado de las liquidaciones, y, en su consecuencia, si el contribuyente ausente recurre pasados los quince días de la notificación hecha

al presentador, la reclamación debe ser desestimada por presentada fuera de plazo.

En una testamentaria figuraban como herederas una usufructuaria y una nudo propietaria, a cada una de las cuales les fué girada la correspondiente liquidación.

Ausente de España una de las herederas, la notificación de las liquidaciones se hizo al presentador del documento y a la otra heredera en el año 1932, y en diciembre de 1933 un apoderado de la heredera ausente recurrió la liquidación que a ella le afectaba ante el Tribunal Provincial, el cual, entrando en el fondo del asunto, desestimó el recurso por entender que la liquidación estaba reglamentariamente practicada y, además, porque la reclamación estaba presentada fuera de plazo.

El Tribunal Central, velando por la pureza del procedimiento, anuló el acuerdo de primera instancia, estimando que tanto uno como otro Tribunal carecían de competencia para entrar en el fondo del asunto, toda vez que la reclamación había sido presentada fuera de plazo, por lo cual era de aplicar el artículo 62 del reglamento de Procedimiento económico administrativo y, de acuerdo con él, limitarse a rechazarla por extemporánea.

El Tribunal Central, para llegar a esta conclusión de carácter procesal, indudablemente acertada, aplicó el artículo 129 del reglamento del Impuesto, apartado 3), insistiendo en la reiterada doctrina de ese precepto en relación con el 106, apartado 5), según el cual la notificación hecha al presentador surte los mismos efectos que si se hiciese a los interesados, y, por lo tanto, los quince días a que se refiere el artículo 200 del reglamento del 32, que fué el aplicado—hoy 207—, necesariamente tenían que contarse desde la notificación al presentador y no desde que la interesada ausente se dió por enterada de la liquidación. Y no es menos claro, supuesta esa prescripción, que el Tribunal Provincial debió abstenerse de conocer del fondo del asunto.

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE MARZO DE 1942.

Instituída heredera universal el alma del testador, facultando a los albaceas para que inviertan los bienes en misas, sufragios, limosnas y obras de piedad y beneficencia, la liquidación procedente es “en favor del alma”, número 39 de la tarifa del Impuesto, aunque los bienes se inviertan, efectivamente, en instituciones de beneficencia e instrucción.

*Antecedentes* El causante, sacerdote, después de ordenar varios legados, nombró heredera universal a su alma en todos sus restantes bienes y derechos, y facultó a los albaceas para que los aplicasen en limosnas, misas, sufragios y en las demás obras de piedad y beneficencia que dejaba dispuestas en una libreta que se encontraría en su domicilio, encabezada con las palabras "Virgen Santa, ayúdame", debiendo atenerse en la inversión y distribución del caudal a las instrucciones consignadas en dicha libreta.

Los albaceas otorgaron escritura de manifestación de herencia, revelación de confianza y carta de pago, y dijeron que se habían hecho cargo de 215.000 pesetas, que era el caudal hereditario después de pagados los legados, y que, con arreglo a las instrucciones del testador, las habían invertido y distribuido entregando 125.000 pesetas al Seminario de la diócesis, 65.000 a las escuelas de los hermanos de la Doctrina Cristiana, 5.000 para misas en sufragio del alma del testador y las 20.000 restantes para la reparación de templos de la misma diócesis. Al otorgamiento de la escritura concurrió el obispo de la diócesis como patrono de las expresadas entidades y presidente de la Junta de Reparación de Templos, y en definitiva quedó cumplidamente acreditado que se había seguido fielmente la voluntad del testador.

El documento fué presentado a liquidación en período de moratoria, y la oficina liquidadora giró en primer lugar liquidación por el impuesto sobre el caudal relicto, y, aparte de las correspondientes a los legatarios, otra "en favor del alma", al 20 por 100.

Las liquidaciones fueron recurridas en razón de que a las cantidades destinadas al Seminario y a las escuelas de la Doctrina Cristiana debía aplicárseles, a juicio del Obispado y albaceas recurrentes, el tipo de beneficencia e instrucción, número 29 de la tarifa, y a las cantidades destinadas a la reparación de templos el tipo que a este concepto corresponde; y en cuanto a la liquidación por el impuesto sobre el caudal relicto, que de la base de la misma debía deducirse la cantidad que sirvió de base a las anteriores liquidaciones.

El Tribunal Provincial, no obstante el informe favorable de la oficina liquidadora en cuanto a la procedencia del recurso, confirmó las liquidaciones impugnadas, entendiéndolo que no podía admitirse la existencia de un heredamiento de confianza, como pretendían los reclamantes, y que, aunque se admitiese, no serían procedentes las liquidaciones por ellos pretendidas, sino que habría que aplicar el tipo correspondiente



a extraños, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 33 del reglamento.

Este acuerdo fué confirmado en lo sustancial por el Tribunal Central Económico-administrativo.

Planteadas la alzada ante la Sala tercera, ésta desestimó el recurso, diciendo que la realidad es una institución de heredero a favor del alma del testador; institución admitida y amparada por la ley, que no puede equipararse a la de herederos de confianza, porque una y otra son formas de institución distintas y con caracteres propios, y que, "esto sentado, es indiferente que fuese o no revelado y dado a conocer a la oficina liquidadora el destino concreto de los bienes hereditarios dentro de los plazos señalados en el artículo 33 del reglamento, que no es aplicable al caso, ni, por tanto, altera los términos y solución del problema la oportunidad con que fuese presentado el documento a liquidación".

En cuanto al particular de la reclamación referente al caudal relicto, la sentencia a que nos referimos entiende que al no proceder la práctica de liquidaciones por los conceptos de beneficencia e instrucción, ni tampoco por el de templos, no pueden hacerse deducciones equivalentes a las bases de tales liquidaciones, conforme al número 3.º del artículo correspondiente de la ley, al determinar la base liquidable para el que grava el caudal relicto.

*Comentarios* —En el presente caso, como frecuentemente ocurre en las contiendas judiciales sobre aplicación del impuesto de Derechos reales, el problema a dilucidar es fundamentalmente de derecho civil, y, por ello, una vez resuelto el caso ante él, la aplicación del precepto fiscal carece de dificultad.

Así pasa con la sentencia que ahora nos toca analizar. Todo se reduce a determinar si la cláusula testamentaria de que hemos hecho mención encierra una institución de heredero a favor del alma del causante, o más bien es constitutiva de un fideicomiso en su modalidad de heredero de confianza, válida con arreglo al derecho foral catalán.

Nosotros, salvando, como siempre, la indiscutible respetabilidad de la Sala, no compartimos el criterio por ella sustentado. Creemos que no basta afirmar, para solucionar el problema, que la institución de heredero a favor del alma y la institución de heredero de confianza son formas de institución distintas y con caracteres propios, porque ello, siendo innegable, deja la cuestión en pie. Creemos que lo que constituye el nervio del asunto es determinar si el texto de la cláusula en cuestión

encierra una u otra institución y que para proceder con acierto no basta atenerse al texto gramatical cuando en su primera parte dice el testador que nombra heredera universal a su alma en todos sus restantes bienes y derechos, porque en ese solo inciso no está todo el pensamiento del testador, ni está tampoco el verdadero sentido que él da a las palabras al decir que la heredera sea su alma; es decir, que no hay paridad entre el concepto jurídico que esa locución encierra y el que el testador quiso darle. Si él hubiera dicho, sin emplear la antedicha fórmula, que en atención al bien de su alma quería que se celebrasen tales sufragios y tales misas y se entregasen determinadas limosnas, y también que destinaba ciertas cantidades para reparación de templos y atenciones de instituciones benéficodocentes, nos parece claro que no se podría decir con propiedad ni con recto criterio jurídico que la heredera era el alma, o, mejor dicho, que había institución de heredero a favor del alma, y, por consiguiente, como aquél y no otro es indudablemente el sentido y la intención del causante a través del conjunto de la cláusula testamentaria, deducimos que debe darse a las palabras del testamento no el sentido técnico estricto, sino el natural y corriente, y en consonancia, además, con el carácter sacerdotal de quien las escribió.

Con esta razonable interpretación ya tenemos la mayor parte del camino andado para llegar al desenlace del problema: la institución hereditaria puede descomponerse en dos partes y en dos conceptos perfectamente separables, que son: lo directamente atribuible al beneficio del alma, como sufragios y misas y limosnas, y lo que tiene primariamente en lo humano carácter benéficodocente o benéficoreligioso, pero siempre subordinado a la razón, última y suprema para el creyente, de su propio bien espiritual ultraterreno, que es tanto como decir de su alma, puesto que la compensación la espera más allá de la muerte.

Hay, pues, en ambas instituciones un móvil supremo idéntico, cual es el bien del alma; pero hay un modo que las diversifica y que hace que el impuesto las afecte de distinta manera, nacido en el segundo caso de que al bien espiritual del testador se llega a través del bien temporal de otras personas físicas o morales, que deben ser las afectadas por el impuesto, puesto que son las que directamente ven acrecentado su patrimonio.

Desentrañado así el problema y supuesto que la revelación de confianza hecha por los albaceas estuvo hecha en tiempo y concorde con las instrucciones que el testador había consignado en la libreta encabe-

zada con las palabras "Virgen Santa, ayúdame", hay que concluir que la institución testamentaria tiene una parte de institución de heredero a favor del alma y otra de herencia de confianza o de fideicomiso, que deben liquidarse separadamente, con arreglo a los respectivos conceptos de la tarifa y con aplicación de las normas correspondientes al impuesto sobre el caudal relicto que esa diversificación trae consigo.

No entramos en el problema de derecho civil que se puede plantear para determinar si, en cuanto a la segunda parte de la cláusula, tal como nosotros la entendemos, nos encontramos ante un heredero de confianza o ante un heredero fiduciario, porque con una u otra calificación llegaríamos a idéntica conclusión en cuanto al impuesto se refiere, ya que una y otra forma de institución se rigen por las mismas reglas de liquidación, según los apartados 1) y 6) del artículo 33 del reglamento.

El único problema que, ya en esta trayectoria, cabría plantear, sería el relativo a si el heredero fideicomisario fué conocido o no dentro del plazo en que reglamentariamente debió girarse la liquidación, a fin de aplicar el tipo de extraños, conforme al apartado 1) del citado artículo, o el que resulte del parentesco, apartado 3), entre causante y fideicomisario, que en este caso sería el tipo específico de "Templos" y "Beneficencia".

Este problema, que nace de que la presentación de la partición y de la revelación de confianza se realizaron fuera del plazo de liquidación, pero amparándose en una moratoria, lo estimamos de solución sencilla y llana, por cuanto nos parece de toda razón que los efectos de la moratoria deben alcanzar tanto a la supresión o moderación de las sanciones por no presentar los documentos dentro de plazo como para revelar o dar a conocer el nombre del verdadero heredero y para que tributariamente no sea considerado como extraño, ya que la previsión del mencionado apartado 1) del artículo 33, si no es una sanción propiamente dicha, en la realidad produce sus mismos efectos, y porque, en definitiva, lo que con ese precepto se pretende es conocer oportunamente, esto es, al liquidar, quién sea el verdadero adquirente de los bienes heredados.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ-VILLAMIL

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

# V A R I A

WILHELM SAUER: *Juristische Methodenlehre*.—Ferdinand Enke Verlag, 1940.—624 páginas.

La *Metodología jurídica* que tenemos a la vista es, sin duda alguna, una de las publicaciones más importantes en la esfera de la "Filosofía del Derecho" de nuestros días. El autor, conocido tanto como penalista y procesalista como sociólogo, filósofo e internacionalista, reúne en esta obra cumbre las ricas enseñanzas de una vida laboriosa y abundante en conocimientos científicos.

El estudio saueriano consta de tres partes: los fundamentos del método; la aplicación del método, y los resultados del método. La primera parte abarca tres secciones: el pensamiento jurídico; los métodos de las ciencias espirituales, y el juicio en los métodos de las ciencias del espíritu. La segunda parte reúne el siguiente tríptico: la comprobación de los hechos; la valoración jurídica en general, y los impedimentos y los medios auxiliares de la valoración jurídica. La tercera parte nos habla de las combinaciones de juicios; de los conceptos fundamentales e instituciones jurídicas, y de los efectos y defectos del juicio.

## I.—*Los fundamentos de la metodología saueriana.*

Desde que Descartes publicó en 1637, en Leyden, su *Discurso sobre el método*, el problema metodológico no ha sido acallado hasta nuestros días. Descartes, en el subtítulo de su obra, nos da a entender lo que él entiende por "método": lo que conduce bien la razón y busca la verdad en las ciencias. El resultado de las investigaciones cartesianas es, en lo esencial, el que sigue. En la segunda parte (ed. Flamma-

tion, París, págs. 13 y 14) Descartes nos aconseja no aceptar jamás ninguna cosa por verdadera que no conociéramos evidentemente como tal, es decir, evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención y no recoger en mis juicios sino lo que se presentara tan clara y distintamente a mi espíritu que yo no tuviera ninguna ocasión de ponerlo en duda. En segundo lugar, nos manda Descartes dividir cada una de las dificultades que yo examino en tantas parcelas que puedo y que serán necesarias para resolverlas. En tercer lugar, debemos comenzar con las cosas sencillas y continuar con las compuestas, suponiendo un orden hasta entre aquellas que no lo tienen en la naturaleza. Finalmente, habremos de tener cuidado en nuestras enumeraciones y revistas para no olvidar nada. En la tercera parte (l. c., págs. 16 a 19) Descartes da consejos morales que no nos interesan en este lugar. En la cuarta parte (l. c., págs. 22 a 27), finalmente, expone la célebre duda metódica, el criterio de la claridad y distinción y las pruebas de la existencia de Dios y del alma.

Es curioso recordar los rasgos esenciales de la primera metodología antes de examinar los de la más reciente. Sauer distingue los *objetos* y los *procedimientos*. En cada esfera hay que distinguir, a su vez, entre parejas de conceptos opuestos y conceptos de equilibrio o de compromiso. Las parejas de conceptos opuestos en la órbita de los objetos son: individual y general; concreto y abstracto; hecho y norma. Lo individual y lo general se equilibran en la acción del tipo; lo concreto y lo abstracto, en la del ordenamiento, y el hecho y la norma, en la noción del sistema de valores. Los procedimientos se trifurcan en parejas de métodos opuestos en sentido paralelo a los objetos. Los métodos inductivos y deductivos corresponden a lo individual y lo general; los analíticos y sintéticos, a lo concreto y lo abstracto, y los logocríticos y éticocríticos, al hecho y a la norma. Los conceptos de compromiso en esta esfera de los métodos son la socialización, la subsunción y la aumentación de valor: la valorización. Después de estos conceptos básicos de cada metodología, nos expone su *concepción tridimensional del derecho: hecho, forma y valor*. Todas las ciencias del espíritu deben inspirarse en este pensamiento tridimensional. El juicio es, en primer lugar, una función vital del espíritu, lo que nos conduce a toda clase de fenomenología, sobre todo a la sociología, encaminada hacia la verdad. El juicio es, en segundo lugar, una forma, lo que nos lleva al problema groseológico y a la lógica, inclusive la dogmática jurídica, inspirán-

dose ambas en la vigencia. El juicio es, en tercer lugar, una medida; y he aquí el problema deontológico, la filosofía social y cultural, sobre todo la ética, y, como idea regulativa, el valor absoluto. "La separación rigurosa de los tres terrenos, con sus tendencias, nos asegura, además, contra peligros y callejones sin salida; así, por ejemplo, contra la confusión poco agradable de medios y fines. A las confusiones más peligrosas pertenecen, entre otras, las siguientes: a) La filosofía pura de la vida (Nietzsche) tiende hacia la eliminación o posposición, ora de la lógica, ora hasta de la ética (el criminal como ideal, "la bestia rubia"); tiende no sólo a una sana complementación y fundamentación con hechos, sino a una sustitución y justificación de derecho y moral por características biológicas (cuerpo, raza); tiende al fenómeno histórico poco deseable de identificar poder y moral; al pragmatismo puro, no sólo en la vida económica, sino también en la moral y el conocimiento (verdad igual a utilidad; moral y derecho igual a utilidad). b) Mas precisamente en virtud de la filosofía existencial pura (Bergson) los hechos de la vida no son cognoscibles, y por ello rigen, al contrario, sólo las formas y las categorías (en contra de la intención, en sí saludable, de los filósofos existenciales y de los pragmatistas). De este círculo sólo la teoría tridimensional puede salvarnos: el verdadero conocimiento consiste en la unión de los tres aspectos. c) Por otro lado, una teoría pura y exagerada de formas está en peligro de petrificar y de ir a la zaga de la vida mudadiza y de los valores vitales cambiantes (conforme se puede observar en cada legislación estatal que excede lo normal). e) Quien sólo conoce los imperios de las normas y de los valores fuerza la realidad vital. Según una ley de la conservación, toda regla general tiende a no seguir o a ir a la zaga de las necesidades de la vida, compareciendo autónomamente como medida. Un código detallado del Estado y una jurisprudencia del Tribunal Supremo basada en la seguridad jurídica llevan consigo el peligro del formalismo y de la ideología, en detrimento de las necesidades vitales. Y el aislamiento en el dominio de los valores eternos lleva consigo fácilmente una vida de ermitaño, a espaldas de la realidad, desconocimiento de los hombres y falta de comprensión" (l. c., págs. 42 a 44).

La concepción tridimensional de Sauer tiene las innegables ventajas de evitar toda clase de unilateralidad y de unir todos los pensamientos fértiles y contemporáneos. El derecho no se confunde ni con la sociología, ni con el normativismo, ni con un idealismo. Sin embargo, queda

de saber si esta unión es un mero maridaje, un agregado incoherente de pensamientos o un verdadero matrimonio, una fusión auténtica de fragmentos en una unidad orgánica. Confesamos que echamos de menos una idea suprema de la que la vida, la forma y el valor emanan de modo convincente. Pero confesamos también que el reproche del eclecticismo se basa en el presupuesto, no demostrado ni demostrable, de un monismo científico. Desde un punto de vista opuesto, lo que peyorativamente se denomina "eclecticismo" es sano y razonable pluralismo.

## II.—*La mónada de valor de Sauer.*

Sauer es el creador del concepto de la mónada de valor. Ya Giordano Bruno habla en el siglo XVI de mónadas para designar las sustancias individuales que componen el universo, siendo Dios la mónada suprema: *monas monadum* (1). Luego Leibnitz proporciona a la mónada carta de naturaleza en su célebre *Monadología*, escrito redactado en 1714 para el príncipe Eugenio y publicado en 1721. En las noventa tesis de su *Monadología*, Leibnitz resume toda la filosofía. La mónada es una sustancia simple, es decir, sin partes, que forma con otras mónadas los cuerpos compuestos (tesis 1.<sup>a</sup>). Las mónadas son eternas, ya que cada comienzo y cada fin se efectúa por composición o disolución de partes, por lo cual las mónadas indivisibles no comienzan ni terminan (tesis 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>). Sin embargo, las mónadas han sido creadas y pueden ser aniquiladas (tesis 6.<sup>a</sup>). Las mónadas no tienen "ventanas": ninguna influencia exterior puede penetrar en ellas; se desarrollan meramente en virtud de sus leyes internas (tesis 7.<sup>a</sup>). La mónada posee percepciones inconscientes (tesis 14) y un principio interno que provoca el pasaje de una a otra percepción, denominado "apetito" (tesis 15). Las percepciones pueden ser apercibidas por determinadas mónadas (tesis 25), formando una serie de ellas la memoria (tesis 26), que caracteriza a los animales. Los hombres conocen, además, las verdades eternas y necesarias (tesis 29).

Para Sauer, la esencia de las cosas reside en la mónada de valor. La mónada de valor es la unidad más pequeña, no apercibible, sino sólo pensable. La mónada de valor es el objeto, empero depurado de sus

(1) "De monade, número et figura". V. Hönigswald, Giordano Bruno, en *Los grandes pensadores* Madrid, 1936, t. I, págs. 479 y 480.

contingencias y de sus oposiciones a los valores, formando así el verdadero y auténtico objeto de la ciencia. Tampoco las mónadas sauerianas tienen ventanas (l. c., pág. 94). La mónada de valor encauza, por un lado, los fenómenos de la vida hacia los valores; por otro lado, concretiza los valores en los objetos reales. De esta forma la justicia plasma en las mónadas de valor, y los objetos se acercan a la justicia mediante su núcleo, su esencia, consistente en la mónada de valor. En la mónada de valor confluyen las tres corrientes categoriales del derecho: vida, forma y valor. "Derecho vivo consiste en la tendencia valorativa hacia el bienestar estatal, mediante la ley y la sentencia con arreglo a la idea de la justicia" (l. c., pág. 104). La tendencia valorativa pertenece a la vida; la ley y la sentencia, a la forma, y la justicia, al reino de los valores. La mónada de valor jurídica es la expresión objetivada de los tres aspectos. La mónada de valor jurídica resuelve el problema de la relación entre el bienestar de la comunidad y la justicia, explica cómo el verdadero derecho perdura, pese a una sentencia firme injusta, y resucita mediante la revisión; guía al legislador al establecer nuevas normas, e inspira a todas las personas que intervienen en la vida jurídica.

Sauer reprocha a las mónadas de Leibnitz que carecen de sociabilidad (l. c., pág. 93). La introducción del valor en el concepto de la mónada provoca precisamente su aptitud de incorporarse a asociaciones sociales. Por lo demás, la mónada de valor no posee sólo un carácter ideal, sino también ónticosustancial (l. c., pág. 98, nota 1; véase también Walz en *Gerichtssaal*, tomo 101, pág. 70). No cabe duda de que la intervención del valor, desconocido en esta forma hasta la escuela suroccidental alemana (Windelband, Rickert, Lask, etc.), significa un enriquecimiento de la mónada leibnitziana y su capacitación para las ciencias sociales. Sin embargo, creemos que la soberanía de cada mónada—lo que metafóricamente denominó Leibnitz su "falta de ventanas"—no concuerda bien con el carácter social y sociable que Sauer la desea atribuir. ¿Cómo pueden agruparse las mónadas sauerianas en asociaciones sino mediante una mutua interdependencia? ¿O piensa Sauer resucitar la tesis leibnitziana de la armonía preestablecida (tesis 59 de la *Monadología*), que, en atención a los hechos, más bien se asemeja a una discordia preestablecida? Lo esencial de la monadología de Leibnitz consistía en su idealismo; la realidad no posee un carácter material, sino espiritual. Lo fundamental de la opinión de Sauer nos parece



residir en su matiz deontológico: la realidad de las ciencias de la cultura no es una realidad material, sino valorativa. Los dos puntos de vista son, en el mejor caso, hipótesis; en el peor, hipóstasis.

### III.—*La norma constitutiva concreta.*

Sauer formula el siguiente problema: ¿Cómo puede aplicarse una norma abstracta a un caso concreto? La solución consiste en concretizar la norma y en generalizar el caso concreto. Así nos encontramos con la norma constitutiva concreta (l. c., págs. 376 y siguientes). Sauer (l. c., pág. 379) nos da los siguientes ejemplos: 1.º Norma abstracta: "Quien dolosa y antijurídicamente menoscaba la propiedad ajena, indemnizará al propietario por los daños ocasionados." 2.º Norma concreta: "El colegial de catorce años Max Müller, de Neustadt, que el 2 de febrero de 1939 lesionó maliciosamente diez árboles en el parque de recreo de la ciudad con su motocicleta, ha de pagar al Municipio la cantidad de       marcos." La norma constitutiva concreta se expresa en una sentencia procesal. Su fundamento lógico es la ley individual. Todo conocimiento se realiza por medio de leyes. Por tanto, si conocemos un hecho individual, lo conocemos mediante una ley, que debe ser una ley individual, ya que se refiere al conocimiento de una realidad concreta. El modelo de la norma constitutiva concreta es la mónada de valor jurídica. La cosa juzgada de las sentencias abarca la norma constitutiva concreta, y, por ende, no sólo el fallo de la sentencia, sino asimismo aquellas partes de los resultandos y considerandos en las cuales se hallan fragmentos de la norma constitutiva concreta (l. c., pág. 383). Sauer abandona con esta tesis el punto de vista dominante en la ciencia procesal, y se asemeja a la creencia de Savigny respecto a los "elementos" de la sentencia (v. REVISTA CRÍTICA, 1942, página 671). Todo el *case-law* se compone de normas constitutivas concretas. La norma constitutiva concreta forma el fundamento de la agravación de la pena en los casos de la reincidencia y reiteración. Ella es, finalmente, lo que los no juristas deben conocer de las leyes.

El problema de subsumir una cosa bajo un concepto tiene un profundo raigambre filosófico. Kant (*Kritik der reinen Vernunft*, Ausg. Messer), en la sección sobre el "Esquematismo de los conceptos de la razón pura" (l. c., págs. 132 y sigs.), distingue entre la filosofía y to-

das las demás ciencias. En las últimas los conceptos abstractos y los concretos—o las cosas mismas—son homogéneos de guisa que la subsunción se lleva a efecto sin dificultad alguna. En la filosofía, en cambio, las categorías son heterogéneas a las percepciones empíricas, y por ello se plantea el problema de la subsumibilidad de las últimas bajo las primeras (1). La posibilidad de tal subsunción reside en el tiempo, que, por ser una forma aperceptiva pura, es afín con las categorías, y que, por ser inherente a toda percepción, es emparentado con la empirie. Sobre esta base cada categoría posee un esquema como “intérprete” (véase Reininger, *Kant, seine Anhänger und seine Gegner*, 1923, página 101) entre lo intelectual y lo sensorial. Así, por ejemplo, el esquema de la necesidad es la existencia de un objeto en todos los tiempos (Kant, l. c., pág. 137). El esquema es un procedimiento. Su resultado, en un caso concreto, es una imagen. A cada esquema pertenecen muchas imágenes (Kant, l. c., pág. 134, y Messer, *Kommentar zu Kants Kritik der reinen Vernunft*, 1922, pág. 101). De lo que precede se desprende que o las normas jurídicas son heterogéneas con la realidad, en cuyo caso la norma constitutiva concreta funciona como “esquema” en el sentido kantiano, o que tales esquemas hacen falta aún entre entidades homogéneas. Vimos que Kant negó la necesidad de esquemas entre entidades homogéneas, y declaró homogéneo todo, menos la relación entre los conceptos puros y la realidad. En esta hipótesis, Sauer hubiera creado un concepto superfluo. No olvídense tampoco que recientemente han surgido algunas teorías idóneas para respaldar la tesis de la homogeneidad precisamente en la esfera jurídica. Pensemos en la teoría de Lenz, según la que la ley no es sino una sentencia anticipada (v. REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 685 a 688; 1941, págs. 45 a 48). Sin embargo, puede alegarse a favor de Sauer que aun en conceptos homogéneos pueda haber necesidad de un esquema. El mismo Kant, con notoria inconsecuencia, enseña que los conceptos empíricos se relacionan con los objetos mediante esquemas (l. c., págs. 134-135), inconsecuencia, ya que al principio de su exposición había limitado la necesidad del esquema a la unión entre esferas heterogéneas. Y Schopenhauer (*Kritik der Kantischen Philosophie, Sämtliche Werke*, Ausg. Frischeisen-Köhler, Weichert, tomo II, págs. 708-709) introduce los

(1) La interpretación neokantiana de la filosofía platónica cree que la “participación” de las cosas empíricas en las ideas constituye idéntico problema (v. Natorp, *Platón, en Los grandes pensadores* Madrid, 1936, t. I, págs. 198 y 213, y el mismo, *Platos Ideenlehre*, 2ª ed., 1921, págs. 88 y 235 y sigs.).

esquemas exclusivamente en la esfera de los conceptos empíricos. De todas maneras, creemos que el problema del esquema, y con ello de la norma constitutiva concreta, requiere todavía profundas indagaciones, pudiendo enunciarse el mismo como la "homogeneización de lo heterogéneo".

\* \* \*

En resumidas cuentas, la obra de Sauer, fecunda en sugerencias y problemas, constituye una cumbre desde la que atalayamos todas las corrientes metodológicas modernas. El espíritu del libro es moderado y prudente, huyendo a cada paso de extremismos peligrosos, ponderando y aquilatando con notoria justicia las diferentes opiniones y conservando lo sano y feraz que puedan albergar. El estudio de Sauer representa la *summa metodologica* de nuestro tiempo y la suma doctrinal de una vida científica enjundiosa.

JOSÉ CORTS GRAU: *Filosofía del Derecho*.—Ediciones Escorial, 1941.  
295 páginas.

El libro que tenemos a la vista contiene una exposición de las "direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico": escepticismo y relativismo; pragmatismo; positivismo; historismo; el sentimiento jurídico; las direcciones sociológicas; neokantismo; la escuela de Viena; la fenomenología; doctrinas de los valores; la gnoseología escolástica ante el Derecho, y el derecho natural. El desenvolvimiento de las diversas doctrinas va precedido de dos capítulos, tratando el primero de la "Filosofía y de la filosofía del Derecho", y el segundo, de la "cuestión del método y del problema gnoseológico". El primero, que nos parece superior al segundo, intenta dar una idea de la Filosofía conforme a su sentido primario. "ascensión del espíritu hacia las verdades esenciales y hacia la explicación unitaria del cosmos y del hombre". Cada capítulo contiene al final una lista bibliográfica muy nutrida. La caracterización de las diferentes teorías es comprensiva y sugestiva; no servirá sólo a los estudiantes como excelente guión, sino beneficiará a cualquier lector que anhele enriquecer su caudal filosófico.

El sistema del autor de exponer las ideas básicas de los diferentes puntos de vista filosófico-jurídicos es el mismo que suele informar las

múltiples obras españolas y extranjeras que en los últimos decenios se han publicado acerca de la materia en cuestión. No negamos a tal sistema su utilidad. Sin embargo, nos parecería interesante, si no en plan sustitutivo, sí como complemento, desarrollar los temas de la Filosofía del Derecho y distribuir de este modo las contribuciones de cada pensador, fraccionando cada teoría personal en tantos trozos como temas señalamos (y violentándola de cierto modo).

Ofrezco en lo que sigue, a título de ejemplo, una enumeración de los temas filosóficojurídicos, haciendo constar que no se trata del esbozo de un sistema de la Filosofía del Derecho, lo que requeriría un principio supremo unificador del que se deriva la jerarquía de los diferentes temas, sino meramente de una clasificación provisional de ángulos y puntos de vista, clasificación abierta y elástica para adaptarse a la complejidad de la ciencia.

### I.—*La ontología del derecho.*

En esta sección se investiga el ser del derecho. Algunos autores le atribuyen un ser *espiritual*. Estos espiritualistas, a su vez, son u objetivistas o subjetivistas. Los objetivistas creen que el derecho constituye una entidad espiritual independiente del hombre, que es descubierta por el mismo en el reino espiritual, de análoga manera que las cosas en el mundo material. La fenomenología (Reinach, Gerhart Husserl, Schapp, etcétera) defiende esta tesis. Los subjetivistas, en cambio, mantienen que el derecho es un producto del espíritu humano, discrepando entre sí acerca de la facultad humana promotora de tal producto. Durante la filosofía escolástica ya luchaban los intelectualistas contra los voluntaristas, no faltando tampoco opiniones intermedias. Santo Tomás, por ejemplo, era intelectualista; Duns Escoto, voluntarista; y Suárez, mediador. Modernamente sigue este combate, aunque con matices diferentes. Los intelectualistas conciben el derecho, algunos, como juicios hipotéticos (Kelsen); otros, como problemas jurídicos (Salomón); otros, finalmente, como conceptos generales (escuela analítica inglesa, teoría general del derecho). Los voluntaristas libran entre sí batalla sobre si el derecho consiste en un conjunto de imperativos (Thon y Bierling) o de decisiones (Hermann Isay). La tesis opuesta a la espiritualista es la que mantiene que el derecho posee un ser *material*. Forman parte de

esta clase, tanto los naturalistas, como Spencer, que consideran el derecho como disciplina gregaria de un rebaño animal especial, del rebaño humano, como los idealistas objetivos, como Binder y Larenz. Lo último parece tal vez extraño. Citemos, por ende, las siguientes palabras de Medina Echavarría (1): "Pero el verdadero punto grave del idealismo objetivo está en su entrega confiada y necesaria a lo real, que le lleva, al menor descuido y sin bruscas rupturas, por el camino del naturalismo. La inversión del sistema hegeliano por el materialismo histórico es uno de los ejemplos más claros de lo que aquí se indica. El mismo sistema hegeliano nos patentiza paradigmáticamente las semejanzas de los sistemas del idealismo objetivo y del naturalismo monista: primera, el carácter enciclopédico de sistemas que abarcan, o pretender abarcar, toda la realidad; segunda, la necesidad de un elemento permanente, de un continuo a través de todas las variaciones, que es lo que produce el parentesco, al menos externo, entre el panteísmo evolutivo de Hegel y los sistemas enciclopédicos y evolucionistas del positivismo, y tercera, la actitud comprensiva ante la realidad, más que explicativa, aunque ésta no sea general en todos los sistemas positivistas. Rothacker cita, como caso típico de esta semejanza, la existencia entre el prefacio de la *Filosofía del Derecho*, de Hegel y el primer capítulo de la *Filosofía del Arte*, de Taine." Finalmente, no faltan autores partidarios de una teoría mixta: el derecho tiene un ser *espiritual-material*. En este sentido, incluye Radbruch el derecho en la órbita de la cultura que consiste en la referencia de materia a valores; enseña Carl Schmidt que el derecho es una realidad ordenada, y concibe Hau-ríou el derecho como institución.

## II.—La deontología del derecho.

En esta segunda sección se explora la valoración del derecho. Toda valoración se realiza mediante un determinado criterio. Este criterio puede ser meramente *formal*. Si el criterio formal es intrínseco al derecho, se niega en el fondo una auténtica valoración de tal materia, examinándose el derecho sólo desde el punto de vista de su positividad. Esta es la opinión de los positivistas (escuela de Viena), que reputan como extrajurídica toda estimación moral del derecho bajo el ángulo

(1) *La situación presente de la filosofía jurídica*, Madrid, 1935, págs. 120 y 121.

de la justicia. El criterio formal extrínseco no dista mucho de la anterior corriente en sus resultados prácticos, y así no nos causará asombro encontrar en este grupo a Stammler, que, como el jefe de la escuela vienesa, es neokantiano. Para Stammler, el ideal y el criterio del derecho es la comunidad de los hombres de libre voluntad. Los criterios *materiales* son o religiosos (así el jusnaturalismo católico) o pseudo-religiosos. En este último caso, el derecho puede valorarse según su provecho para el individuo (jusnaturalismo racional; solipsismo ético de Stirner), para la comunidad (Binder, etc.) o para la cultura (véase de cierto modo Kohler, M. E. Mayer, etc.). Aunque a primera vista un criterio *mixto* entre el formal y el material parece difícil de imaginar, tal criterio mixto es concebible y existe. El criterio mixto consiste en que valora el derecho en cada caso concreto con absoluta claridad (analogía con el criterio materialista), sin exigir, sin embargo, un contenido determinado (analogía con el criterio formal). La escuela histórica halla tal criterio en el "espíritu del pueblo", y Löning lo encuentra en el sentimiento jurídico.

### III.—La gnoseología del derecho.

El primer problema que se plantea en este aspecto es el de la *posibilidad* de conocer el ser y el valor del derecho. El dogmatismo, que es el punto de vista primitivo, y que fué adoptado por Hegel, díscolamente, después de la tempestad agnoseológica de Kant, afirma dicha posibilidad. Los escépticos o la niegan cien por cien o la niegan, al menos, para determinadas cuestiones. Radbruch, por ejemplo, niega la posibilidad de conocer el valor del derecho; la conciencia, y no la razón, nos impone como norte de toda actividad, o la persona, o la comunidad, o la cultura. El segundo problema es el de la *fuentes del conocimiento*. Algunos autores (Stammler, Del Vecchio, etc.) siguen el consejo de San Agustín: "*Noli foras ire; in te ipsum redi; in interiore homine habitat veritas*"; y consultan meramente la razón para orientarse sobre el ser y el valor del derecho. Otros autores (por ejemplo, Spencer) creen que nuestros sentidos son nuestra única fuente de información. La mayoría de los autores apela a ambos recursos. Finalmente, nos hallamos frente al problema del *método*. Hemos de distinguir métodos racionales (inductivos, deductivos, etc.), usados por la

mayoría de los autores, y métodos arracionales. Métodos arracionales son el método dialéctico (neohegelianos: Münch, Schönfeld, Binder en parte, Larenz) y el intuitivo, que, a su vez, es o el método intuitivo normal (Radbruch, para encontrar la suprema valoración) o el intuitivo eidético (los fenomenólogos).

GERHARD HUBERNAGEL: *Das interlokale und interpersonale Privatrecht im grossdeutschen Raum (El Derecho privado interlocal e interpersonal en la Gran Alemania)*. — Deutscher Rechtsverlag, 1942. — 84 páginas.

El autor de la presente monografía había ya publicado un artículo sobre la materia que contiene un resumen del estudio que tenemos a la vista (*Deutsches Recht*, 1942, págs. 289 y sigs.), artículo traducido, en lo esencial, al castellano en *Información Jurídica* (Ministerio de Justicia, Madrid, número 12, abril-mayo 1942, págs. 12 a 14).

El problema de la coordinación de diferentes ordenamientos jurídicos vigentes en un solo Estado ha empezado a plasmarse en Alemania desde la incorporación de Austria al Reich. El conflicto puede presentarse en dos formas: O el Estado se divide en diferentes territorios (provincias, regiones, etc.), rigiendo en cada uno de ellos un solo ordenamiento jurídico; la colisión entre los diferentes derechos produce en esta hipótesis la necesidad de un Derecho privado *interlocal*. O en un solo territorio reinan simultáneamente diferentes ordenamientos jurídicos; he aquí la razón de ser del Derecho privado *interpersonal*. Ninguno de los dos problemas es nuevo. El primero ha sido resuelto en algunos países por leyes del Poder central: en Suiza, por la ley federal referente a las relaciones iusprivatistas de los domiciliados y residentes del 25 de junio de 1891; en Francia, por la ley del 24 de julio de 1921 referente a Alsacia y Lorena; en Polonia, por la ley del 2 de agosto de 1926. Otros países abandonan el problema a los legisladores locales (así los Estados Unidos y Alemania antes de 1900). Derecho interpersonal rige, por ejemplo, en Argel, Egipto y la India; y hoy día, en Europa, en Bohemia y Moravia y en el Gobierno General (la antigua Polonia), donde al lado del Derecho de Bohemia y Moravia y de Polonia, respectivamente, rige el Derecho alemán.

En Alemania la situación es la que sigue:

1.º *Derecho interlocal particular.* — En diferentes territorios no rige un Derecho privado interlocal central, sino en cada territorio diverso Derecho interlocal. Forman parte de este grupo la Marca Oriental (Austria), los Sudetes, Danzig y Prusia Occidental, Posen, la Alta Silesia Oriental, las partes anteriormente polacas de la Prusia oriental, las partes de los Sudetes incorporadas a la Marca Oriental, Bohemia y Moravia y el Gobierno General. En el último y en el *Wartheland* rige la ley polaca del 2 de agosto de 1926. En los demás territorios no existen normas legisladas, de guisa tal que la laguna ha de colmarse mediante una aplicación analógica del Derecho internacional privado de cada territorio.

2.º *Derecho interlocal e interpersonal emitido por el Poder central.*—a) En relación al Reich: Si dentro de un territorio, según lo dicho bajo 1.º, rigiera Derecho interlocal particular, éste no se aplica en relación a las partes del Reich, puesto que en ellas rige un Derecho interlocal alemán unitario. b) Ordenamiento jurídico doble: Si dentro de un territorio rigieran varios ordenamientos jurídicos, su colisión es reglamentada por el Derecho alemán (así en el Protectorado y Gobierno General). c) Solución de Derecho internacional: En la relación de diferentes territorios entre sí rige una reglamentación internacional. Ello ocurre entre el Protectorado de Bohemia y Moravia y el Reich desde el punto de vista de las autoridades alemanas. Mientras que la legislación alemana no discipline las relaciones interlocales sigue en vigor el Derecho internacional. Lo mismo acontece en la relación del Gobierno General al Reich.

El libro expone a continuación las reglas interlocales e interpersonales aplicables a las diferentes relaciones jurídicas (obligaciones, cosas, forma de los negocios, derecho matrimonial, de sucesiones, etc.).

El autor analiza con gran claridad y precisión las múltiples facetas de su tema, siendo su monografía altamente recomendable a todos los interesados en la materia. Para una próxima edición desearíamos, sin embargo, un enriquecimiento de la obra con casos prácticos y alusiones a los diferentes derechos materiales en conflicto.

LA REDACCIÓN.