

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XVIII

Diciembre de 1942

Núm. 175

El derecho de sucesión real en España  
y el Principado de Asturias

INTRODUCCIÓN

La monarquía hereditaria tiene sobre otros regímenes políticos la gran ventaja de asegurar la permanencia de una conducta política definida, cuyos principios se van transmitiendo de una mano real a otra mano real, como en los antiguos juegos olímpicos se iban transmitiendo los corredores la tira en que ardía el fuego sagrado.

Frente a la monarquía electiva y a la república, que más que verdaderas formas de gobierno son organizaciones sociales en evolución desordenada e incesante, la monarquía hereditaria asegura la intangibilidad de las esencias tradicionales de cada nación, incorporándolas, mediante el artificio de que hablaremos en algunas de las páginas de nuestro trabajo, a un fenómeno al parecer de orden exclusivamente fisiológico, pero en cierto modo trascendido de vigorosa espiritualidad: la herencia.

No creemos que se pueda encontrar en rigor otra quiebra al régimen de monarquía hereditaria que la inevitable que supone la temporalidad de la vida humana, y el tener que sustituir, por consiguiente, la soberanía ideal de un viejo patriarca imperecedero por la de una familia, órgano discontinuo en el cual, al desaparecer cada uno de sus sucesivos representantes, se produce con frecuencia un agudo momento crítico motivado por la complejidad del problema de designar el que, conforme a derecho, debe ser el heredero del trono.

Mas el hilo glorioso de la dinastía, atados al cual se han salvado muchas veces los pueblos del caos político, es casi siempre irrompible, aunque a veces se oculte y desaparezca de nuestros ojos, y a rastrear su destino deben encaminarse los esfuerzos del político y del legislador.

Comprendiendo esta necesidad, nuestros maravillosos códigos medievales ya tratan de sustituir en tan delicado punto las antiguas normas consuetudinarias, de fácil tergiversación y enmascaramiento, por una doctrina de claridad meridiana y de comprensibilidad suficiente.

A la misma necesidad se debe la otorgación de un determinado título al primogénito del rey o al sucesor inmediato de la corona, que sirva a la par, frente al pueblo, de prerrogativa de precioso valor actual y de distintivo que haga conocer a todos en lo futuro la personalidad del verdadero heredero.

Con arreglo a esta práctica, no circunscrita, desde luego, a la Península ni a la Edad Media, en los reinos de Aragón, Cataluña y Valencia se solía investir al príncipe heredero del título de Duque de Girona, con el mayorazgo vinculado al mismo; en Navarra, del de Príncipe de Viana, y en Castilla de la dignidad de Príncipe de Asturias, que llevaba aneja en su origen la plena posesión del gobierno y rentas de la provincia.

Los dos primeros títulos mentados, muy especialmente el correspondiente al reino de Aragón, pudieran ser objeto de un estudio quizá aún más útil y curioso que el que en estos momentos nos ocupa, porque sobre ellos se han escrito trabajos más escasos en número y sustancia que los dedicados al Principado de Asturias, con ser éstos de poca envergadura (1).

Todavía no es bastante, sin embargo, en nuestro modesto pensar, la atención que se ha venido prestando hasta ahora al tema. Se ha malleado, por otra parte, la escueta labor histórica con algunos apasionamientos políticos que al teñir de un color u otro las monografías, impiden al publicista de hoy levantar impunemente sobre ellas sus síntesis y le obligan a cierta trabajosa compulsación, desgranada a través de un largo retazo de historia patria. Su esfuerzo ha de ir por etapas cortas y fatigosas, aplicado ora sobre difíciles diplomas medievales, ora sobre relaciones de juras barrocas e hiperbólicas como un monumento arquitectónico de la época, ora sobre aprétada letra impresa, abita muchas veces de erudición, pero horra de sentido histórico.

(1) Vid. la reseña bibliográfica que epiloga el presente trabajo

No pretendemos haber hecho en nuestro estudio esta labor de desmenuzamiento sino en parte muy menguada, pues su realización completa precisaría una especialización profesional seria. Pero si hemos tratado de varear—si el símil se nos permite—los corpulentos árboles de alguno de los escasos trabajos de relativa fidelidad histórica que en el pasado siglo se dedicaron al Principado de Asturias, presentándolos ahora concordados y despojados de los empachos frutos de excesiva erudición que los agobiaban.

#### PLAN DE LA OBRA

En este breve escrito hemos de estudiar dos órdenes de hechos paralelos e íntimamente enlazados: el de las formas adoptadas en nuestra monarquía por el derecho de sucesión a la corona y el del origen, evolución y verdadero carácter del título de Príncipe de Asturias, que, como decíamos, es a manera de sello que caracteriza en determinadas circunstancias al sucesor.

Entre uno y otro orden de hechos ha habido curiosas influencias y condicionamientos recíprocos, motivados principalmente por la falta de rigorismo y concreción característica en nuestro Derecho público, cuya dilucidación constituirá la parte nodal de nuestro trabajo.

Finalmente, haremos notar las lamentables consecuencias que se han derivado de la escasa atención prestada hasta ahora al asunto.

#### PRIMERA PARTE

##### EL DERECHO DE SUCESIÓN REAL

Frente al instinto de orden y jerarquía de las grandes razas mediterráneas manifestado en Grecia por la soberanía de la ciudad y en Roma por la del Emperador, los germanos invasores eran generalmente reacios a abdicar de su individualismo bárbaro. Comprendían solamente como forma política el caudillaje, que tiende más bien a la creación y ampliación del Estado que a la conservación y defensa del mismo.

Conforme a esta idiosincrasia peculiar, y siendo la monarquía hereditaria régimen primordialmente conservador, los germanos no eran en un principio propicios a ella. Además, no tenían de naciones sino unos

rasgos raciales, una lengua y unas ideas religiosas. Carecían de un territorio fijo, elemento naturalmente retardatario que, al contener como en un vaso a los pueblos nómadas, provoca a la larga la sedimentación de sus posos bélicos.

No comprendían, pues, los germanos del tiempo de las invasiones otra monarquía que la electiva, dirigida por el guerrero más aguerrido.

Sin embargo, pronto nace en ellos, sea por influencia extraña, sea mejor por evolución interna, la idea de previsión y pasividad como manadero de una nueva forma social. Tendían por ello a procurar la perduración en días venideros de ciertos estados de cosas benéficos, lo que creían poder conseguir poniendo al frente del Gobierno a personas herederas de aquellas fautoras de la pasada prosperidad. No otro origen tiene, a nuestro entender, la aparición de las grandes dinastías medievales. Ellas fueron fundadas, sin duda, en la errónea idea primitiva de que así como hay una herencia de rasgos físicos, hay también una herencia de cualidades espirituales, sean impuestas en la estirpe por la mano de la divinidad, sean nacidas de sus mismas fuerzas animicas.

El nacimiento de la monarquía hereditaria moderna responde, por consiguiente, a una idea absolutamente equivocada. Pero a la larga, esta preciosa institución política vino a producir por sugerión sobre el pueblo que la había erigido, y aun por autosugestión de los mismos reyes, unos efectos en todo análogos a los que en ella equivocadamente se buscaban. Vino, en efecto, a poner sobre los debates y divergencias de la masa la supremá e ineludible fuerza de un fenómeno natural como la descendencia, que no por ser de bajo orden deja de superar en excelencia a la despreciable ley de la mayoría de sufragios.

Ésta, y no otra, nos parece la íntima razón del afianzamiento de las dinastías en Europa; fenómeno beneficiosísimo por todos conceptos, que permitió la continuación de la jerarquía social una vez desaparecido el primigenio instinto de buscar honradamente para la función rectora al individuo más capacitado.

La evolución de los pueblos germanos, y de los visigodos en lo que atañe a España concretamente, respecto a los problemas de la sucesión real, no había de ser, por tanto, otra que un proceso de diferenciación específica que, partiendo de un régimen electivo, con absoluta libertad en la designación de personas, quedara más tarde restringida a los miembros de una determinada tribu, para acabar, en fin, con la proclamación

ción automática como nuevo soberano del primogénito del soberano fallecido.

Si repasamos nuestra historia de la época de los visigodos y de los primeros siglos de la Reconquista, veremos cómo se realizan exactamente, salvando naturales períodos de vacilación, las etapas de evolución diseñadas. Cuando el pueblo invasor llega a nuestra patria, ya ha rebasado la primera fase de régimen electivo sin restricciones, y acostumbra a elegir sus monarcas entre los individuos de la familia de los Balthos, considerada como de origen divino. Pero esta estirpe se extingue con la muerte de Amalafico, dejando de nuevo anchamente abierto el camino del trono visigodo.

El principio de la elección sin restricciones resurge y prospera entonces, cuando menos, hasta la muerte de Liuva, si bien es detenido constantemente en su acción por la anarquía dominante, que hace que la mayoría de las coronaciones sean debidas al uso de la violencia, y, por tanto, materia muerta, podríamos decir, para jalonar el proceso de evolución que venimos examinando.

Sube al trono Liuva, y con él y con su hermano y sucesor Leovigildo, el Estado visigodo, influído acaso por las ideas políticas de los bizantinos, recientemente asentados en nuestras costas, se rodea de un prestigio y poder inusitados hasta la época.

La monarquía se reajusta y fortifica en todos sus aspectos, y entre ellos, muy principalmente, en el de la sucesión real. Leovigildo, deseoso de vincular la soberanía en su familia, asocia al trono a sus hijos Hermenegildo y Recaredo, método sin duda el más práctico para promover el establecimiento del principio de sucesión hereditaria en un país donde aún no es aceptado legalmente.

Poco a poco, sustituyendo la elección formalista por un consentimiento tácito, más fácil de otorgar si el rey fallecido se ha distinguido por su virtud o poder, va afianzándose la costumbre de que el hijo suceda al padre en el solio. Inversamente a lo que ocurría antes del 570, la anormalidad en la sucesión la constituye ahora el empleo de hecho del régimen electivo, que juntamente con la usurpación por la fuerza altera aún la vigencia plena del principio dinástico naciente.

Prueba palpable de que este último principio llegó a adquirir gran preponderancia y vitalidad, la tenemos en el hecho de que, derribado el reino visigodo por la invasión árabe, de las dos normas sucesorias prácticamente estiladas retoma en la restauración asturiana la heredita-

ria, al menos de primer intento y en el período difícil de la constitución del Estado.

Era, sin embargo, empresa ardua y larga la de sustituir absolutamente, y no sólo de hecho, sino de derecho, el principio electivo por el dinástico, porque, en realidad, quienes batallaban bajo el lema de la vigencia de cada uno de esos principios no eran sino las fuerzas de la anarquía y del desorden, contrapuestas a las de la jerarquía y buen gobierno. El régimen electivo, de difícilísima y casi imposible aplicación provechosa dentro de uno de los turbulentos Estados de principios de la Reconquista, equivalía a la disgregación de la autoridad y a la guerra civil. El régimen hereditario, por el contrario, al salvar la crítica solución de continuidad entre soberano y soberano y asegurar la consecución de las tareas militares iniciadas, llevaba en sí los gérmenes de la poderosa monarquía del mañana.

La monarquía asturiana, directamente descendiente de la visigoda, continuó en estos problemas de la sucesión real la actitud vacilante e inconcreta de los siglos precedentes. A Pelayo, Favila, Alfonso y Fruela, unidos por lazos de filiación real o política, suceden una serie de oscuros reyes que, aunque pertenecientes, según parece, salvo Mauregato, a la progenie del caudillo restaurador, ocupan el trono preteriendo a Alfonso, descendiente directo de Fruela I. Revive en ellos la fase evolutiva representada siglos antes en la monarquía visigoda por la familia de los Baltos. Pelayo, prestigiado extraordinariamente ante generaciones posteriores por sus victorias, es, como Alarico, cabeza de una serie de monarcas que, carentes de valor propio, viven y dominan a favor de su ascendencia preclara. El fenómeno indiscutible de la creencia en la transmisión de padres a hijos de cualidades espirituales reaparece esporádicamente, más o menos transformado, y contribuye a crear, tras de la vida de cada caudillo glorioso, una época que aún parece llenar el eco de sus victorias, y en la que dominan generalmente los descendientes del héroe.

Los monarcas siguientes de Asturias y de León, aunque procedentes de un tronco común, no están relacionados necesariamente por filiación y primogenitura. La estirpe real, truncada en Amalarico, inexistente en lo que va desde la muerte de este rey a la de Dón Rodrigo, época en la que se pretende restaurar en diversas ocasiones, sin conseguirlo plenamente nunca, torna a nacer en Don Pelayo, cuya obra le hace merecer ser cabeza de una amplia dinastía nacional en la que la realeza va como

zigzagueando de un soberano a otro de la misma sangre, pero no necesariamente descendiente directo. Sin embargo, se hace cada vez mayor la frecuencia con que los primogénitos llegan al trono, hasta el punto de convertirse en práctica común desde Fernando I el Magno, robustecida mediante la coronación y jura del hijo viviendo aún el padre.

En los estadios de evolución reseñados nos hemos atenido, desde luego, a los fenómenos de sucesión en la práctica. Teóricamente siguió dominando el principio electivo vigente en la legislación visigoda hasta Alfonso el Sabio, primero en introducir el principio de la herencia entre las leyes escritas. Desde este monarca, por tanto, hasta nuestros días se extiende una nueva fase, caracterizada por la coincidencia de las dos situaciones de hecho y de derecho y por la elevación al trono del primogénito del soberano.

Para afianzar aún más estas ideas básicas de la organización de la monarquía española moderna fué creado, sin duda, en las postrimerías del siglo XIV el título de Príncipe de Asturias, que es, según frase del cronista del siglo XVI Luis Cabrera de Córdoba, "homenaje que dicen se hace porque de presente da nuevo derecho y en lo venidero aprovecha para el pleito que se moviere sobre la sucesión".

La preocupación de regular del modo más acabado posible los problemas de la sucesión real se refleja en la tarea jurídica de Alfonso el Sabio y Alfonso XI, los dos grandes monarcas legisladores de nuestra Edad Media. Tanto en la obra inspirada por el primero como en la que debe su creación al segundo se consagran diversos títulos a fijar con claridad que no dé lugar a interpretaciones ambiguas las personas llamadas a la herencia, el orden en que deben serlo y las preferencias o preferencias que han de observarse. En general, la doctrina contenida en estos antiguos códigos acerca de nuestro importantísimo asunto se polariza en torno a las dos ideas de afianzar el derecho del primogénito frente al de los hijos menores y el del varón frente a la hembra, y no es, por tanto, sino una traducción en normas externas de lo que mucho antes venía siendo practicado o descado por nuestros reyes.

Concuerda exactamente en los dos puntos que a nuestro propósito interesa destacar con el esquema evolutivo diseñado en las páginas precedentes, y aún forma dentro de él una pieza constitutiva más de las que han de llevarnos a comprender el orden de orientaciones legales e ideas políticas que hacen surgir la institución del Principado de Asturias.

Podríamos hacer aquí una exposición de las normas sobre sucesión

contenidas en el Espécculo, las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá, pero creemos preferible omitirlas en gracia a lo muy conocido de ellas, a lo fácilmente que pueden ser estudiadas, y en gracia también a la brevedad y originalidad de este ensayo.

## SEGUNDA PARTE

### EL PRINCIPADO DE ASTURIAS

#### I

Hasta la muerte de Alfonso III el Mágno forma Asturias el núcleo principal de la naciente monarquía cristiana. Residente la corte en Oviedo, retirado el rey en épocas de desgracia a su castillo de Boides, en Gijón, nombres asturianos de allende y aquende la cordillera son los que a cada paso se encuentran en la crónica de Sampiro, entretejidos con narraciones de intrigas palatinas y de cruentas luchas civiles. Logró el gran rey fijar en la línea del Duero la frontera de su territorio, pero más acá de ella eran frecuentes las algaradas e incursiones mahometanas. Solamente la Asturias propiamente dicha, defendida por la muralla de sus montañas, permanecía incólume, si no a las discordias intestinas, sí a los ataques de los invasores.

Sin embargo, en este mismo reinado debemos ver el iniciamiento de la consunción del arcaico tipo de monarquía astur, que se sustituye por otro de orientaciones más elevadas y amplias. Alfonso III, efectivamente, es, según todas las probabilidades, el primer monarca español que se atribuye el título de Emperador, pleno de soñadoras aspiraciones universales, para el cual ya no es marco suficiente el exiguo reino de Asturias, que, comenzando por su configuración geográfica, parece tener mucho de tranquilo hogar doméstico. Aun con un cierto riesgo para la seguridad de la corte, era de todo punto necesario trasladar a la anchurrosa meseta el centro de gravitación de la monarquía. En ella se tenían todos los horizontes abiertos para las empresas bélicas que la gran envergadura de los propósitos reales reclamaba.

Seguramente Alfonso III hubiera dado ya este decisivo paso en la evolución del Estado cristiano si las continuas reyertas familiares que, intranquilizaron su reinado no se lo hubieran impedido. La región de Astorga, siempre efervescente por la lucha civil, y durante largo tiem-

po bajo la plena dominación del traidor Veremundo, era precisamente zona de transición entre Asturias, asentamiento tradicional de la monarquía, y la meseta, centro de futuras actividades. Trasladada la corte alfonsina a León, hubiera quedado aislada de la retaguardia asturiana por una comarca en continua rebeldía.

La división de hecho que sufrió el territorio hubo de traducirse, a la abdicación del Rey Magno, en una desgraciada división política, que independizó, si bien efímeramente, a Asturias, León y Galicia, bajo la autoridad de los rebeldes hijos del destronado Fruela, García y Ordóñez, y de algunos de sus sucesores. Al ayuntarse otra vez el reino en la persona de Ramiro II, veinte años después de la muerte de Alfonso III se consuma, podemos decir, una nueva cristalización política, pero, por reacción muy explicable, bajo el signo del predominio leonés. Asturias, cada vez más alejada de los campos de lucha, retorna a la tranquila vida de la que vino a sacarla el golpe de tralla de la invasión musulmá y del iniciamiento de la Reconquista.

Durante algún tiempo conserva la antigua corte ovetense cierto rango de capital honorífica, y así es honrada y visitada con frecuencia por los monarcas. Pero ya en la segunda mitad del siglo x, precisamente cuándo empieza a sonar en nuestra historia el nombre épico de Castilla, Asturias es poco menos que una nulidad política en la continua serie de asonadas y rebeliones. Las incursiones de Almanzor, que afectan casi todas las comarcas circunvecinas, vense detenidas ante Asturias por los inexiguables castillos de Luna, Gordón y Alba, y por las inaccesibles montañas que la rodean. Unicamente al refugiarse en nuestro territorio Bermudo II, huyendo del vencedor caudillo árabe, vuelve a animarse temporalmente la vacía cuna de la Reconquista.

Asturias adquiere, en cambio, principalmente por el prestigio de su Cámara Santa, cierto carácter de lugar sagrado o relicario nacional, donde los reyes gustan de pasar devotamente la Cuaresma y de multiplicar las donaciones a iglesias y monasterios.

Creemos que la última vez que obra Asturias como elemento capital de la monarquía es en el año 1115, al tener lugar en Oviedo, con intervención de la reina Urraca, un Concilio de gran importancia, cuyas decisiones, circunscritas primero a la región —“in asturiarum partibus”—, fueron extendidas por Alfonso VII a todo el reino castellano-leonés.

Bajo este mismo rey se inician, favorecidos por la lejanía de la corte

y, lo abrupto del territorio, algunos movimientos secesionistas, que inexplicablemente apenas han sido hasta hoy investigados y valorados y que nos interesa sobremanera resellar, aunque sea de modo muy somero, por considerarlos causas explicativas de qué a esta provincia precisamente, y no a otra, se haya vinculado un título principesco que dice íntima e indisoluble relación con la corona.

Gonzalo Peláez, poderoso señor, intenta, por los años de 1130, sustraer a Asturias del dominio regio, y da lugar a una intervención personal de Alfonso VII, que sofoca, no sin trabajo, la insurrección. Pocos años después de ser apagado este levantamiento, el mismo Alfonso VII secciona de su monarquía a la región, dándola en señorío, con título de reina, a su hija Urraca; habida con la asturiana Gontredo, que disfruta de ella, probablemente, hasta su muerte, en 1164. Fernando II de León pasa entonces a detentar la plena soberanía de Asturias, tras de reducir a algunos rebeldes que quizá se oponían a ello.

Aunque en el siglo XIII no se registran nuevos levantamientos ni disensiones, acaso por el afianzamiento extraordinario que el poder central alcanza en esta época, continúa nuestra provincia un tanto alejada del movimiento político de la nación. Prueba de ello la tenemos en la irregularidad con que los procuradores asturianos solían acudir a Cortes, hasta el punto de llegar a caducar para la región, en siglos posteriores, la facultad de enviarlos. Lo cierto es que desde 1315 en adelante pasa casi todo el siglo XIV sin la concurrencia de delegados de Asturias, fenómeno que revela la continuación de un estado de cosas peculiar que, evidenciado en las revueltas del siglo XII, torna a aflorar en esta dejación de una prerrogativa preciosa.

Y llegamos, en fin, a las azarosas años que preceden a la instauración de la dinastía de los Trastamara, en cuyas revueltas vuelve a figurar en primer plano nuestra provincia. Sabido es que la causa remota de ello no fué otra que la prohibición hecha por el poderoso noble D. Rodrigo Alvarez de las Asturias, verdadero soberano de la región en esta época, en la persona de un infante real, Enrique, fruto de la prolífica unión de Alfonso XI con doña Leonor de Guzmán y protagonista en ciernes del drama bélico y político que se fraguaba. Heredó éste, a la muerte de su protector, junto con el título de Conde de Trastamara, unos fieles estados asturianos, que desatada la guerra civil contra su hermano Pedro I, heredero legítimo del cetro, le sirvieron de seguro refugio en ocasiones de necesidad y desgracia.

Vencedor y coronado Enrique, hizo cesión de ellos a su hijo Alfonso, bastardo como él; no pareciendo sino que la caprichosa historia se complacía en entregar la soberanía de la región a hombres de estirpe oscura y aspiraciones no en consonancia con su nacimiento. El infante Alfonso, rebelde e intemperante, con arrebatos propios de hijo de un padre excesivamente blando y dadivoso, comienza su gobierno opri-miendo y asolando las tierras de su vecino el obispo de Oviedo, que compartía con él por aquel entonces la casi entera dominación de la región asturiana.

En tales trances dejó el mundo el rey Enrique, irreflexivo, mani-róto, sucediéndole su hijo legítimo Juan I, contra él que se levanta también el infante Alfonso. No sólo él, con sus fuerzas, se dispone a atacar al monarca, sino que trama en el exterior, principalmente en Francia y Portugal, peligrosas conspiraciones. Vemos en él la bastar-día unida a la traición, maquinando astutamente levantamientos. Mas por fortuna, Juan I logra sitiártle y vencerle en Gijón, obligándole a la renuncia de sus estados.

Ocurrían los hechos que acabamos de narrar en 1383, cinco años antes, por tanto, del establecimiento del Principado de Asturias. Durante este lapso de tiempo la región se encontraba en una especialísima situación, pues si un noble, cabeza principal de ella, había sido justamente despojado de su dominio, bullían aún, sin duda, sus muchos partidarios, que, conocedores de la terquedad y de la ambición del ca-dillo, esperarían ocasión para tomarse una amplia revancha. El gobierno de la región estaba, por así decirlo, vacante, y con la excepción del Con-dado de Noreña, cedido por la realeza al obispo de Oviedo, el terri-toio sufria las calamidades inherentes a un penoso estado provisional o de transición:

La bastardía y la traición, como indicamos, habían dejado en ella su triste rastro, y era preciso cuanto antes incorporárla de modo defi-nitivo y seguro al poder central. Si por dos veces sucesivas la región había sido presea y guarida de bastardos ambiciosos, natural parecía instaurar en ella una nueva, clara y legítima forma política, que ven-criera, con la cooperación inmediata de la realeza, aquella proclividad que venía padeciendo desde luengos años, según se deduce de los hechos aducidos, hacia un cierto estado de secesión ó indiferencia respecto a los problemas fundamentales de la nación:

No han de interpretarse de ningún modo nuestras palabras como

intento de demostrar la existencia durante la Edad Media en nuestra provincia de cierto espíritu de separatismo latente, a menos que se despoje a este concepto de los tendenciosos matizess con que hoy día suele ser empleado. Sencillamente, Asturias es una región cuya historia ha sido condicionada en toda época, por su agreste configuración orográfica, hasta el punto de que la batalla de Covadonga, inmarcesible gloria regional, no ha sido sino un resultado directo de ella. Pero tal configuración es, a la par, nuestra grandeza y nuestra pesadumbre, aunque esta última quede, por fortuna, muy rebajada en importancia respecto a aquéllā. Prueba de ello son tanto las asonadas medioeves de que hemos hablado como la cruenta revolución de octubre de 1934.

Gravita, efectivamente, sobre los asturianos, en todo momento histórico, el poco gallardo destino de los pueblos fuertes aherrojados por las montañas, aunque ellas mismas le hayan servido a veces de salvaguardia segura. No hemos de aspirar, desde luego, a ser otra cosa que una pieza de eficaz movimiento en la máquina nacional. La función rectora, tanto en la legislación como en la política o en las bellas artes, corresponde más bien a las regiones de tierra llana, que semejan la lisa piel de un tambor convocando continuamente a la hueste.

RODRIGO CARVAJAL GONZÁLEZ.

# La inscripción de los arrendamientos rústicos

Aunque con menos competencia que el esclarecido Carazony, que ha tenido el acierto de plantear el problema desde las columnas de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, voy a contestar a su requerimiento general, exponiendo mi juicio sobre el tema enunciado aquí.

## PREMISAS

*Primera.*—La Ley de 1942 aplica, en el art. 2.º, a los arriendos comprendidos en sus normas el principio espiritualista, predominante en el Código civil, cuyo art. 1.278 está bien trillado.

*Segunda.*—Dentro del mismo art. 2.º declara *voluntaria* la inscripción en el Registro especial, aplicando con ello otra de las normas predominantes en nuestras leyes, y llevada ya, para los arriendos de renta anual no superior a 500 pesetas, a las de 15 de marzo de 1935 y 28 de junio de 1940.

*Tercera.*—En el art. 9.º declara el adquirente *subrogado en las obligaciones y derechos* del arrendador, siempre que al verificarse la adquisición se hallase *vigente* el contrato de arrendamiento.

Y en aquéllo reproduce sustancialmente el art. 27 de la aludida Ley de 1935, salvo, claro es, lo de la derogada necesidad de la inscripción. Ni más ni menos, porque el añadido de *subrogarse* también en los *derechos*, era en todo caso secuela natural de lo otro.

## CONCLUSIONES

*Primera.*—Es, pues, una equivocación, cuando menos a mi juicio, afirmar que la Ley del 42 quebranta en ello principios básicos del Código civil.

Segunda.—Es otra equivocación, dicho sea también con el respeto debido al criterio opuesto, si lo hubiere, sostener que la inscripción registral ha quedado ineficaz ante los términos de sus arts. 2.<sup>º</sup> y 9.<sup>º</sup>.

Tercera.—Tampoco resulta exacto que en lo dicho se haya introducido novedad en nuestra legislación general, siquiera debamos reconocer que en esa Ley se operó una lamentable regresión con respecto a las dos precedentes, mejor orientadas en ese particular, aunque necesitadas de moderada corrección.

Veámos la demostración de lo indicado.

#### UTILIDAD DE LA INSCRIPCIÓN

En términos científicos y comunes, la inscripción en nuestro Derecho sirve principalmente a tres fines:

- 1.<sup>º</sup> Confiere la investidura de *tercero hipotecario*, al cual, por desdicha, no todos saben darle el mérito que tiene, dicho sea de paso.
- 2.<sup>º</sup> Atribuye por de pronto la presunción de la posesión civil.
- 3.<sup>º</sup> Es la modalidad más jurídica y espiritual de la tradición.

¿No servirá para nada de eso la inscripción ante la Ley de 1942? ¿Habremos caído en tal retroceso en pleno siglo XX, a pretexto de exigencias sociales? Imposible el hecho, e inaceptable la imputación que, en tal sentido, pretendiera hacerse a la ilustración de nuestros legisladores.

Vamos a comprobarlo a través de ciertos ejemplos, escalonando los arriendos posibles, desde el más rudimentario.

A.—Si yo compro un predio que aparece cultivado por el vendedor, o tal vez por un arrendatario que da por concluido su arriendo y explotación, la cual pasa con efecto a mí, no es posible que nadie, a título de otro arriendo verbal, aunque sea anterior a mi compra, pero no consumado con la tradición real de la finca, ni conocido por mí, vaya a expulsarme de la explotación.

El lanzamiento equivaldría a la condena de unos principios eminentemente tradicionales, a la consagración de la clandestinidad, en plena bancarrota en todas las naciones verdaderamente civilizadas, y dentro de la nuestra, en particular, desde la legislación de 1861, como equivaldría a la degollación de la buena fe. Por fortuna, no hay nada dentro de la Ley en cuestión que autorice tan deshonrosa imputación.

Como esa Ley no ha caído en semejante renuncio, y el Código civil

(de aplicación subsidiaria, según la última de las disposiciones finales de 1935) lo impide y repele, llegamos a la conclusión de que mi título de compra se impone al del arrendatario del ejemplo. Insistiremos más adelante.

B.—Si yo compré la finca en escritura pública, y otra persona tiene con anterioridad un documento privado de arriendo no inscrito, ni conocido por mí, ni de fecha autenticada contra terceros, y yo entro en la explotación del predio antes que el arrendatario, no puede ya vencerme a mí, ni desconocer mi derecho mejor al efecto.

No hay ningún precepto que justifique otra doctrina en la Ley del 42, y, por otra parte, la ordena así el Código al negar entonces al documento privado eficacia contra terceros, conforme se ve en su artículo 1.227. También volveré sobre ello.

C.—Si ese documento, aun desconocido *de hecho* por mí, está inscrito (no importa en cuál Registro de los dos), me vence, a virtud de la inscripción, porque se me adelantó en lograrlo, que es lo mismo que si se me hubiera adelantado en la explotación agrícola, ya que yo no había tenido la suerte de adelantarme a él en ninguna de ambas cosas o medios de publicidad eficaz.

Es la teoría fundamental, impecable e innegable, de la institución registral, en justo acatamiento a la tradición exteriorizada en el Registro.

De modo que ya tenemos una aplicación de la trascendencia del asiento en el Registro público.

Tal vez se arguya que con hallarse autenticada plenamente la fecha del documento privado del arriendo, no precise para nada de la inscripción, ni de la posesión real, como tal vez no la precise si ostentare escritura pública.

A esos argumentos se contesta en el ejemplo siguiente:

D.—Si yo compré e inscribí mi título de compra (u otro por el estilo) antes de que los arrendatarios inscribiesen el suyo, desconocido para mí, ni hubiesen entrado en la posesión arrendaticia, yo puedo desconocerles el arriendo.

Es así, porque el arriendo no consumado por la *tradición real*, cede ante la compra ya consumada. ¿Por qué?

En primer lugar, porque la mera perfección de los contratos del arriendo en nuestro caso, obliga exclusivamente a los contratantes y a cuantos se reputen legalmente ligados en personalidad con ellos, según

la doctrina científica tan conocida, y, en particular, la del art. 1.095 de nuestro Código civil, cuyas son estas palabras: "El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación en entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada."

En segundo lugar, porque la tradición habrá de ser real (cuando no medie inscripción), según vamos a ver.

El ilustre De Diego, citado por el Sr. Castán, reconoce que para la transmisión de la propiedad y demás derechos reales, se necesita un elemento formal que ponga de relieve ante todos la relación que se va a constituir, porque sería *injusto* exigir de los demás respeto hacia un *lacto desconocido*.

Más concretamente al caso, decía el Sr. Covián (tres autoridades indiscutibles) que para el arrendamiento se requiere la posesión real, efectiva, no bastando la tradición simbólica; es decir, se requiere la posesión inmediata y directa, el enlace del *hecho* con el negocio jurídico, lo qué la propia legislación especial califica de posesión arrendaticia.

Verdaderamente cuesta trabajo creer que ni en la mente del legislador de 1942 hubiese asomado la idea de enfrentarse con principios de justicia tan reconocida ya.

Lo de la tradición simbólica del art. 1.462 del Código hay que tomarlo con restricciones, como que aun dentro de las ventas, o contratos de compraventa para que fué escrito, no es suficiente *aquella tradición* para dar comienzo al tiempo de la prescripción o caducidad de la acción de retracto, pues no basta para afirmar que el retrayente haya tenido noticia de la venta o escritura pública.

Además, el art. 1.473 del repetido Código, aun prescindiendo momentáneamente de la inscripción, da preferencia (de acuerdo con las Partidas), en casos de doble venta de inmuebles, al adquiriente que de buena fe sea *primero en la posesión*, y faltando ésta, al que presente título de fecha más antigua, dando por supuesta en ambos casos la buena fe.

Para la hipótesis de la inscripción, el propio art. 1.473 otorga la preferencia a quien primeramente inscriba (a base, como siempre, de la buena fe, cual declara el Tribunal Supremo en 13 de mayo de 1908, 13 de mayo de 1927, 29 de noviembre de 1928 y 31 de octubre de 1929).

El mismo Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que

mientras no se entregue la cosa enajenada, ni haya consumación del contrato, no tiene el adquirente más que acción personal, pudiendo, en consecuencia, oponerse el enajenante al embargo, etc. Véase al efecto la sentencia de 8 de junio de 1928.

Tampoco tiene desperdicio la interesantísima sentencia del 26 de febrero último, de la cual fué ponente el ilustre catedrático y civilista Sr. Gil Casares. En ella se revaloriza la doctrina del *título y modo* y se ratifica la tesis de que la *relación directa e inmediata es característica de los derechos reales*.

El debate escolástico de si el arriendo regulado por las leyes especiales es un derecho real, o tan sólo produce efectos reales, carece aquí de trascendencia, resulta igual para nuestros fines, porque lo importante ahora es reconocerle efectos reales, que nadie puede regatearle, siquiera aparezcan más o menos condicionados, circunstancia que evidentemente no desvirtúa lo esencial de tales efectos: *Magis vel minus non mutat speciem*, siendo de ello ejemplo patente el retracto convencional.

Cuanto decimos respecto al comprador y arrendatario enfrentados, es de aplicación a varios arrendatarios de una misma finca, que apareciesen en conflicto de intereses ante el hecho de que el propietario hubiese contratado, separada y arteramente, con más de una persona el arriendo, y no creo que nadie autorizase en derecho el lanzamiento del que primero de ambos hubiese entrado de buena fe en la explotación, desconocedor de la existencia de otro arriendo anterior en el tiempo.

Si otra cosa se afirmara con efecto, resultaría que el inquilino de los de la legislación especial (para el debate es igual) que se encontrase habitando de buena fe la casa que le fué arrendada, se vería en la calle, desalojado por otro que dijese y acreditase que le había precedido en contratar el alquiler o arrendamiento con el propietario.

¿Se puede llegar a tales atropellos de la buena fe? Evidentemente que no; pero a ellos se llegaría de admitir tesis opuesta a la que vengo defendiendo y desarrollando.

#### LO DE LA SUBROGACIÓN.

Acaso se objete que el art. 9.º de la Ley de 1942 declara, *sin distingos*; subrogado al adquirente en el lugar del vendedor o propietario

arrendante. Pero, con todo, no basta eso para negarle lo expuesto, en méritos de estas razones:

1.<sup>a</sup> La palabra *subrogación* es de tal elasticidad, que admite e impone restricciones de diversos órdenes, accidentales y no accidentales, por ejemplo, la de no atribuirle amputaciones caprichosas en los principios tradicionales del Derecho, entre ellos el de la consumación de los contratos frente, por ejemplo, a los meramente perfeccionados y desconocidos totalmente.

2.<sup>a</sup> El art. 9.<sup>o</sup> se refiere reiteradamente a los arriendos *vigentes* en el momento del otorgamiento de la compra o transmisión correspondiente. El vocablo o palabra *vigente* equivale a *actuante*, en ejecución. Esa voz no la creemos escrita al azar, y si se objetara que no podemos atenernos tanto a la *materialidad* de los vocablos, volvería el argumento contra su autor, diciéndole que eso es precisamente lo que yo sostengo respecto a la voz *subrogación* del art. 9.<sup>o</sup>, no tomarla en toda su extensión.

3.<sup>a</sup> La Ley del 42 mantiene la inscripción de los arriendos, si quiera con carácter voluntario, el carácter que ya la del 35 atribuía, sin escándalo ni grandes protestas de nadie, a los arriendos de renta reducida. Es inconcuso que para algo serio y formal se mantiene la inscripción, no para imponer ayer y brindar hoy gastos y sacrificios inútiles a unos y a otros.

4.<sup>a</sup> La propiedad territorial quedaría a merced, en cien casos, de la encrucijada, confabulación y sorpresa, resultando facilitado el desaguisado precisamente por obra de una ley cuyo fin primordial es proteger la propiedad o dominio territorial, el cual si es verdad que sufre cuando se atropellan los derechos correspondientes al *arrendatario* de las pequeñas parcelas (tan respetable como el de las mayores, pero por regla general tampoco en mayor grado, digase lo que se quiera), no sufre menos, hasta sufre más, convirtiendo a los *propietarios* de buena fe en víctimas de la clandestinidad deliberada o no deliberada.

5.<sup>a</sup> La palabra *subrogación* no es nueva en la legislación especial: data cuando menos del art. 27 de la Ley de 1935, que decía así: "La transmisión o enajenación por cualquier título de una finca rústica, no será causa de rescisión del arriendo ni de alteración de los derechos del arrendatario, quedando subrogado el adquirente en todas las obligaciones del arrendedor dimanantes del arrendamiento".

El alcance con que entonces fué aplicada la palabra *subrogación*:

habrá de ser el mismo de ahora, y aun con menos rigor hoy que entonces por razones fáciles de comprender.

6.º Esa palabra no tiene en verdad otro alcance—y no es pequeño—que el de atribuir a todo arrendatario comprendido en la legislación especial, la condición de titular de un derecho con *efectos reales*, en contraposición al art. 1.571 del Código, sin que, por consiguiente, se le pueda dar aquel alcance o extensión de suponer al comprador o adquirente de la finca arrendada conocedor del arrendamiento no exteriorizado y ligado a él en todo caso.

En suma, para concluir. Al comprador que de buena fe entre en la explotación, no lo vence el arrendamiento oculto, en semejante conflicto de situaciones.

Lo mismo hemos de decir respecto al conflicto entre varios arrendatarios del predio.

La equiparación de la posesión real a la inscripción, sin sometimiento de aquélla a ésta, resulta un dictado, ese sí, del derecho social o quasi-social, a lo menos mientras las normas sociales no reaccionen de otro modo.

#### EL ACUERDO Y DOCUMENTOS PARA INSCRIBIR

La nueva Ley exige para la inscripción en el *Registro especial* el concurso o acuerdo de voluntades, el de los otorgantes del arriendo, que frecuentemente son varios individuos por alguna de las partes.

Sin duda lo exige por haberse fijado en el último de los tres casos establecidos en el art. 2.º de la ley Hipotecaria para los arrendamientos, y haber pensado en la generalidad de éstos, cuyos períodos ordinarios no suelen llegar a los seis años (más de seis) de dicho artículo de la Ley Hipotecaria, la cual, por lo demás, sigue siendo de aplicación en ese mismo precepto.

Entiendo que aquel concurso de voluntades ha de ser *expreso*, incluso por la razón de que los acuerdos tácitos son más propios de los Tribunales que de los Registros.

En cuanto al documento preciso para la inscripción en el *Registro especial*, doy por cierto que debemos sujetarnos a las prescripciones del art. 5.º de la Ley de 1935: documento notarial, cuando la cuantía de la renta anual exceda de 5.000 pesetas, bastando en otro caso el documento privado ratificado ante el Juez municipal o el Notario. No exis-

tenida en la Ley del 42 que autorice fundadamente otro criterio, y hay varios motivos, en cambio, que imponen aquella afirmación.

#### RANGO DEL RÉGISTRO ESPECIAL

Nos parece notorio que su rango es semejante, en lo fundamental, al del Registro de la Propiedad, aunque alguno de sus libros sea de formato *materialmente* distinto, y la transitoriedad y condicionalidad de los asientos del primero permitan menores escrúpulos que las graves inscripciones del Registro de la Propiedad.

Para algo se ideó y ordenó. Para algo se han coordinado ambos a medio de notas de referencia, y se exigen datos de uno y otro en las certificaciones que expidamos los Registradores de la Propiedad.

No creo posible decir en firme que carezca de valor un Reglamento requerido, como vamos a demostrar, por la Ley de 1935, ratificado de modo concluyente por el art. 1.<sup>o</sup> de la de 1940 y vuelto a ratificar implícitamente por el art. 13 de la de 1942. Pues en ese Reglamento destaca bien el rango del Registro especial de Arrendamientos.

#### LEYES VIGENTES

Bajo la palabra *leyes*, que concretamente les deja en vigor el art. 13 de la nueva Ley, estimo inconscio que se comprenden también las adjetivas, por los razonamientos siguientes:

*Primero.*—Es la doctrina de siempre, recogida por todos los Tribunales, y recordada por la Real orden del 22 de mayo de 1891, con referencia a preceptos legales, como el art. 1.<sup>o</sup> del Código civil.

*Segundo.*—La misma Ley del 42 empieza tomando indistintamente las palabras *ley* y *disposición*, pues el art. 1.<sup>o</sup> dice: "Todos los contratos de arriendos rústicos que se celebren a partir de la publicación de esta *disposición*."

*Tercero*, que es argumento definitivo. La Ley del 42 declara en el art. 13<sup>o</sup> vigentes las *leyes* anteriores, en cuanto no se opongan a lo que se dispone en ella. Es así que el art. 1.<sup>o</sup> de la Ley del 28 de junio de 1940 declara vigentes el Reglamento del 27 de abril de 1935 y disposiciones complementarias. Luego, digámoslo en forma silogística, el Reglamento de 1935 está declarado en vigor por la propia Ley.

de 1942 (en cuanto no se halle en oposición con sus preceptos, por supuesto).

Afortunadamente no se necesita, pues, otro Reglamento. Lo que se necesita en realidad es poner en claro lo que de él subsista a través de tantas y tan seguidas reformas legislativas de esta naturaleza; pero tampoco hemos de desconocer que ese achaque afecta también a las tres leyes fundamentales de la materia que entran en juego o combinación.

Tengo en proyecto acometer la empresa, como apéndice a mi obra *Estudios prácticos de la nueva Ley de Arrendamientos rústicos* (la de 1940); pero lo reúcelo mucho, y el tiempo es corto para atender a todo. Otros tal vez lo hagan, y si la suerte les acompaña, todos habremos de agradecérselo.

#### LAS APARCIERÍAS

Muchas personas han preguntado si la nueva Ley se aplica de algún modo a las aparcerías. Sin vacilar hubimos de afirmarlo siempre.

Se alude expresamente a ellas en un lugar nada más de la Ley, la disposición cuarta de las adicionales (todas las demás nos parecen *transitorias*, más que  *adicionales*). Pero no cabe duda de que los preceptos que en las leyes de 1935 y 1940 eran comunes para los arriendos y las aparcerías, comunes siguen siéndolo, aunque, naturalmente, con las reformas introducidas en ellos ahora, sin olvidar cuánto les alcanza de lleno a las mismas aparcerías dentro de las disposiciones llamadas adicionales.

E. VÁZQUEZ GUNDÍN,

Registrador de la Propiedad de Cervora.

## Arrendamientos de duración indefinida

En la última Ley de las dictadas de pocos años a esta parte para regular los arrendamientos rústicos, en la del 23 de julio del año que corremos, no faltan, como no podían faltar, los preceptos relativos a la duración de las situaciones arrendatarias.

Al efecto, distingue dos grandes grupos: A) Arrendamientos de precio no superior a 40 quintales métricos de trigo y con explotación directa y personal del arrendatario, y B) Todos los demás. A los primeros, en varios respectos, los somete a normas especiales.

Asimismo separa los arrendamientos antiguos de los nuevos o modernos, según hayan comenzado antes de la Ley aludida o que se contraten bajo su vigencia. La fecha de separación es el 1.º de agosto de 1942, día de la publicación de la Ley.

Pues bien; si los arrendamientos del tipo A), llamados privilegiados por algún comentarista, son de origen posterior al 1.º de agosto, su duración máxima será, según el art. 6.º, la suma del plazo señalado en el contrato, más doce años, o sea cuatro prórrogas de tres años cada una, y al final de ese período el arrendador recobrará su tierra. Para arrendarla a quien tuviere por conveniente, dice la Ley; pero sin duda para cultivarla directamente si lo prefiere así, o de otro modo cualquiera.

Pero si el arrendamiento es un arrendamiento nacido antes del 1.º de agosto de 1942, resulta de las dos primeras disposiciones adicionales, que sólo para explotar el predio de manera directa y personal puede el arrendador quitarlo al arrendatario.

Es cierto que expresamente la Ley no preceptúa la continuación del arrendamiento, pero virtualmente—en los términos de aquellas disposiciones adicionales, y que son transitorias—se preceptúa la progresión, porque se deduce claramente que tales disposiciones abarcan todos los casos, sin dejar ninguno fuera de su radio, y así lo entiende también el antes aludido comentarista Sr. Jurado. Del párrafo último de la primera y del segundo de la segunda surge la solución expuesta.

Es decir, que un propietario que no pueda, por cualquier circunstancia, ácaso por su sexo, edad, profesión, etc., cultivar directa y personalmente la finca, tiene que permitir el arriendo hasta que fallezca el sucesor del arrendatario, elegido según previene el art. 4.º, y esto si no se entiende que fallecido el primer sucesor ha de designarse otro, y así sucesivamente, en cuyo caso únicamente terminaría esta situación si el llevador dimitiera.

Muchedumbre de propietarios se encontrarán en tan grave trance, con un arrendamiento del que no pueden escapar, privados de precepto legal donde apoyarse para desahuciar al colono por extinción de un término, mayor o menor, pero término que hasta ahora parecía consubstancial en los arrendamientos, los cuales se transmutan en indefinidos, por no decir perpetuos. En idéntica situación queda todo adquirente de finca arrendada con antelación al 1.º de agosto, pues el artículo 9.º le subroga en las obligaciones del arrendador y sólo le concede el derecho de poder disponer de la tierra al terminar el plazo contractual o su prórroga, pero si se compromete a la consabida explotación personal y directa.

Hay que reconocer que la regresión de la finca y su recobro por el arrendador o sus más próximos parientes, exclusivamente para el cultivo directo, era el norte de las Leyes de 1935 (art. 28) y 1940 (artículo 4.º), pero la de hogaño se desvía de esta orientación, pues aunque no sea para cultivar la tierra por sí el propietario, sino para arrendarla a un nuevo colono, todos los arrendamientos terminan más pronto o más tarde, todos con la única excepción de los de 40 quintales métricos de renta y utilización directa y personal del arrendatario que daten de la Ley últimamente promulgada.

Ahora, como regla general, se permite la recuperación de las fincas arrendadas, transcurridos los plazos legales, mientras que los arriendos especialmente protegidos y anteriores al 1.º de agosto que nos ocupan, son permanentes, sin fin; si el arrendador o el adquirente subrogado, no pueden cultivar por su cuenta y bajo su propia conducción en los términos rígidos y angostos del art. 4.º.

Así es que los propietarios de fincas arrendadas cuando se publicó la Ley, pero no con arrendamientos de esos pequeños y privilegiados, salen sobremanera favorecidos, y en cambio, quienes tienen en su contra arriendos de la última clase son tratados con mayor severidad, porque si según la Ley de 1935 les bastaba reclamar la tierra para culti-

varla directamente, cosa factible siempre, pues ello equivale a la explotación por su cuenta, en adelante sólo se les devuelve la tierra para cultivarla por su cuenta y además personalmente por sí o sus familiares con ayudas extrañas muy limitadas, cosa ésta no accesible a todos ni mucho menos.

La diferencia entre los contratos del grupo A) y los del B) anteriores a 1942 es de fácil comprensión; el legislador tiende a la tutela del trabajo del labrador modesto, y de aquí que se concluyan los segundos para que el propietario disponga de su predio como guste (disposiciones adicionales 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>), y sólo concluyan los primeros cuando se disponga el propietario a cultivar personalmente y a su riesgo

La diferencia entre los antiguos arriendos y los modernos, o mejor dicho, futuros, pero todos del grupo A), no se alcanza tan fácilmente a comprender. ¿Qué razón existe para que el propietario del fundo arrendado antes del 1.<sup>o</sup> de agosto de 1942 no pueda arrendarlo ya nunca a otto colono ni cultivarlo directa, pero no personalmente, mientras que el arrendador nuevo, o futuro recobrará indefectiblemente el suyo?

Acaso considera la Ley con mejores títulos a los cultivadores antiguos, como cultivadores acreditados, por así decirlo, que son. Pero ello estaría bien fundamentado en cuanto a quienes llevaran un mínimo suficientemente dilatado de posesión de la tierra, no en cuanto a colonos de contacto, reciente con el campo. Y además, semejante criterio sería más congruente en una ley prohibitiva del arrendamiento para lo sucesivo, o que lo condicionara rigurosamente, pero disuena en una como la de 1942 que autoriza el arrendamiento libre durante plazos más bien cortos y que facilita al propietario la reintegración.

Terminamos, pues lejos de nuestro ánimo la ardua empresa de desentrañar los motivos secretos de la Ley; sencillamente queríamos poner de manifiesto la carencia de derecho y acción para desahuciar, en determinadas situaciones con las que se ha encontrado la Ley al aparecer; subrayamos la existencia de ciertos arriendos que proseguirán indefinidamente, cuales son los originados antes de 1.<sup>o</sup> de agosto de 1942, de renta no mayor a una cantidad equivalente a 40 quintales métricos de trigo y con llevador directo y personal, a menos que el propietario arrostre, si puede, el cultivo en idénticas condiciones.

ENRIQUE MOLINA RAVELLO.

Registrador de la Propiedad.

Las subastas de aprovechamientos forestales en las que los Ayuntamientos ejercitan el derecho de tanteo que les concede el artículo 86 del Real decreto de 17 de octubre de 1925, entrañan una transmisión de bienes sujeta al impuesto de Derechos reales?

La cuestión enunciada plantease en los casos, por cierto frecuenciísimos, en que los Ayuntamientos, ajustándose a las normas en vigor sobre montes de utilidad pública y contratación administrativa municipal, sacan a pública subasta la concesión de aprovechamientos forestales extraordinarios (árboles derribados por el viento, secos, restos de incendios, etc.), que han de realizarse en los montes de propios exceptuados de la desamortización. Puede ocurrir en estas subastas, y la mayoría de las veces ocurre, que una vez adjudicado el remate provisionalmente a favor del mejor postor, acuerden los Ayuntamientos subastadores hacer uso de la facultad que les concede el artículo 86 del Real decreto de 17 de octubre de 1925, que dice: "Los Ayuntamientos podrán ejercer el derecho de tanteo, en el plazo de ocho días después de celebradas las subastas de los productos de sus montes, adjudicándoselos por la máxima postura que se haya hecho."

En estos casos, si las subastas concluyen con la adjudicación definitiva de los árboles subastados a favor del mejor postor, no hay problema: indudablemente existe una transmisión de bienes muebles del Ayuntamiento al adjudicatario. En cambio, si los Ayuntamientos impiden la conversión de la adjudicación provisional en definitiva, a virtud del ejercicio del derecho de tanteo a que acabamos de referirnos, surge la duda de si entonces habrá o no habrá transmisión de bienes.

Nosotros entendemos que el ejercicio por parte de los Ayuntamientos del derecho de tanteo entraña una transmisión de bienes. Para fundamentar semejante opinión intentaremos precisar, ante todo, los dos extremos siguientes: la naturaleza jurídica del derecho de tan-

teo de que se trata y la posición jurídica del adjudicatario provisional.

Este derecho de tanteo constituye una novedad en la contratación administrativa, que al realizarse, generalmente, por el trámite de la subasta, es poco propicia a la admisión de privilegios en favor de persona determinada o indeterminada que puedan alejar la concurrencia de licitadores. De aquí que tengamos pocos ejemplares de estos derechos de preferencia en nuestra profusa legislación administrativa (la lista queda casi agotada con el tanteo que nos ocupa y el creado por el Real decreto de 17 de febrero de 1925 a favor de los Municipios en relación con los aprovechamientos de pastos) y que la jurisprudencia sea poco copiosa en esta materia. Es preciso acudir a la doctrina y al campo de las leyes civiles para poder diagnosticar con acierto acerca de la naturaleza jurídica, significación y alcance de este derecho de tanteo. Situados en este terreno, podemos sentar la afirmación anticipada de que la naturaleza jurídica del derecho de tanteo concedido a los Ayuntamientos en relación con los aprovechamientos forestales no es otra que la del tanteo regulado por nuestras leyes civiles. Institucionalmente, el derecho de tanteo es siempre un "derecho de adquisición preferente" otorgado a una persona por la ley o por el pacto, y el que tenga carácter personal o real, o que semejante facultad se derive directamente de la norma legal o de la convención, así como el que la ley de la que se derive sea civil o administrativa, en nada altera su carácter esencial apuntado. En consecuencia, dada la substancial analogía entre este tanteo legal-administrativo y el tanteo de Derecho privado, su ejercicio por parte del Ayuntamiento produce la "subrogación" de éste en la posición jurídica del adjudicatario provisional, no solamente porque de "hecho" conviértese el tanteo en un retracto, sino porque de "derecho" produces esa subrogación consiguiente al ejercicio del retracto, "ya que—como dicen Pérez y Algur—el tanteo y el retracto vienen a ser no dos derechos distintos, sino en rigor dos fases de un mismo derecho".

En armonía con esta doctrina se tiene declarado en el terreno económico-administrativo que el ejercicio de este derecho de tanteo "produce la subrogación del Ayuntamiento en la persona del rematante provisional", siendo evidente "su analogía, que es identidad más bien, según la opinión de los modernos tratadistas, entre este derecho de tanteo y el de retracto" (fallos del Tribunal Económico-Administrativo

de la provincia de Burgos de 27 de junio de 1940 y 2 de enero de 1942). Por su parte, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en una cuestión civil, reconoce "que si bien las palabras tanteo y retracto no son rigurosamente sinónimas, está fuera de toda duda que el tanteo, cuando se usa este vocabulo en nuestras leyes, comprende genéricamente ambos derechos por tender a igual finalidad, o sea a la preferencia que aquéllos conceden en algunos casos a determinadas personas para adquirir por el mismo precio la cosa vendida de tal suerte que a quien tiene el derecho de tantear asiste el de retractar." (Sentencia de 10 de marzo de 1898). El mismo Tribunal Económico-Administrativo Central, no obstante disentir, como luego veremos, del criterio que venimos manteniendo, no tiene más remedio que reconocer que el derecho de tanteo otorgado a los Ayuntamientos por el art. 86 del Real decreto de 17 de octubre de 1925 "es más propiamente constitutivo del derecho de retracto, cuyo efecto es el de rescindir la enajenación ya consumada". (Fallo de julio de 1942.)

El fallo últimamente citado niega que este derecho de tanteo produzca los efectos sobrogatorios a que hemos hecho referencia y que, por consiguiente, exista transmisión de bienes, fundándose en que este derecho no tiene parentesco alguno con los tanteos legales regulados por el Código civil a propósito de la enajenación, la rabassa morta y la propiedad de casas por pisos, ya que todos estos tanteos ejercitánsen "antes de que la enajenación se efectúe" y, además, la preferencia para la adquisición se atribuye en ellos a "tercera persona", circunstancias que no concurren en el tanteo que estamos examinando.

Con todo el respeto que nos merece siempre el autorizadísimo criterio del Tribunal Económico-Administrativo Central, la objeción relativa al momento en que debe ejercitarse el derecho de tanteo, no nos parece definitiva. El tanteo sería un derecho inútil si no pudiera actuar en su segunda fase llamada de retracto, subrogando al tanteista en la posición jurídica del adjudicatario provisional. Por eso, el art. 86 del Real decreto de 1925 faculta a los Ayuntamientos para que puedan ejercitar el tanteo "después de celebradas las subastas", y la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1888 establece, a propósito de la venta de bienes por efecto de las leyes desamortizadoras, que en el caso de que no pueda saberse previamente el precio de los bienes vendidos, podrá ejercitarse el derecho de tanteo "después de efectuada la venta".

Como los elementos esenciales y característicos del tanteo y del retracto son la facultad de adquisición preferente y la subrogación, tampoco puede convencer el argumento esgrimido por el Tribunal Económico-Administrativo Central negando al tanteo de que se trata sus efectos propios por el hecho de que la misma persona que venda sea la que tantee. Como dice Roca Sastre, "el tanteo atribuye la facultad de adquirir una cosa, prescindiendo de si fué o no en otro tiempo propia del titular del derecho, porque la circunstancia de haber estado o no antes en el dominio de dicho titular no puede alterar la naturaleza substancial del derecho".

Según el fallo que estamos comentando, este tanteo tiene como única finalidad la de posibilitar al Ayuntamiento "la recuperación de la libre disposición de los productos de sus montes", con lo cual, aparte de que la readquisición o recuperación es otra de las finalidades que por vía de subrogación persiguen los derechos de adquisición preferente, implícitamente se reconoce que los productos subastados fueron adquiridos por el adjudicatario provisional.

Pero—podría objetársenos—, todo esto sería admisible si el adjudicatario provisional adquiriera el dominio de los árboles subastados, cosa que pudiera ponerse en tela de juicio desde el punto de vista exclusivamente administrativo (1). Pero si en Derecho administrativo se discute acerca de cuál sea el momento en que se perfeccionan los contratos administrativos, enfocada la cuestión planteada desde el punto de vista de las leyes civiles y, con mayor motivo, de las leyes fiscales, la discusión y la duda huélgan. Si el adjudicatario provisional y el Ayuntamiento concedente han convenido en la cosa objeto de la subasta y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, la venta se habrá perfeccionado entre ambos a tenor de lo dispuesto en el art. 1.450 del Código civil. Si después de perfeccionada la venta se produce el hecho futuro e incierto del ejercicio del derecho de tanteo por parte del Ayuntamiento, la adjudicación provisional se resolverá y el tanteista se subrogará en la posición jurídica del adjudicatario, que no es más que un adquirente bajo condición resolutoria. La venta en pública subasta es un contrato de adhesión, y por la previa publicación de los pliegos de condiciones (que son la ley del contrato) ya saben los licitadores las condiciones de su adquisición. Si entre ellas, al ser acep-

(1) Véase Recaredo F. de Velasco: *Los contratos administrativos*, pág. 145 y siguientes.

tadas por la adhesión del mejor postor, hubiese alguna de carácter suspensivo de la cual se hiciese depender el perfeccionamiento de la adquisición, entonces el resultado sería distinto del apuntado. Pero el tanteo de que estamos tratando implica una facultad de resolución derivada no enteramente de la Ley. El adjudicatario, provisional adquiere el dominio revocable de los árboles subastados, que se convertirá en irrevocable si el tanteo no se ejercita.

En síntesis: entendemos que en las subastas de aprovechamientos forestales realizados con carácter extraordinario en montes de propios exceptuados de la desamortización por razones de utilidad pública, y en las que los Ayuntamientos ejercitan el tanteo de referencia, existe una transmisión temporal de bienes a favor del adjudicatario provisional y una retransmisión definitiva por vía de subrogación a favor del Ayuntamiento tanteista, al cual se le otorga semejante privilegio con el objeto de "salvaguardar, indirectamente, la posesión de unos montes que como incluidos en el catálogo le corresponde" (fallo citado del Tribunal Económico-Administrativo de Burgos de 27 de junio de 1940). El artículo 7.º del Real decreto de 19 de febrero de 1924, al establecer que "los Ayuntamientos podrán ejecutar por su cuenta los proyectos de ordenación que hayan presentado, subrogándose en este caso en todos los derechos y obligaciones de los rematantes", confirma nuestro criterio.

Enfocada desde otro punto de vista la cuestión objeto del presente estudio. Ilégase al mismo resultado favorable a la existencia de transmisión de bienes.

El fallo citado del Tribunal Económico-Administrativo de la provincia de Burgos de 27 de junio de 1940 quiere ver en las subastas de que se trata un caso de autocontratación. El Tribunal Central, por el contrario, rechaza la existencia del autocontrato fundándose en la ausencia, en estos casos, de un factor esencial, cuál es el de la duplicidad de patrimonios ligados por un representante común, ya que los árboles subastados son del mismo Ayuntamiento que los recupera por tanteo.

Estimamos más acertado el criterio del Tribunal provincial, y, por ende, creemos hallarnos ante un caso clarísimo de autocontrato, en el sentido de presentarse en su forma más simple: dos patrimonios ligados por un representante común.

El Tribunal Central parte de la base de que los montes de propios

sobre los que se realizan estos aprovechamientos son de la exclusiva pertenencia del Ayuntamiento. Nosotros, por el contrario, aun reconociendo que los bienes de propios tienen carácter patrimonial y han de considerarse como de propiedad privada de los Ayuntamientos, entendemos que los montes de utilidad pública exceptuados de la desamortización no pueden asimilarse, aunque sean de propios, íntegramente a los demás bienes de esta última clase. Pero, prescindiendo de la trascendentalísima disputa relativa a si estos montes son del Estado o del Ayuntamiento, y fijándonos únicamente en la participación del 20 por 100 que al Estado corresponde siempre en los montes de propios, cuando de la enajenación de sus productos se trata (art. 9.<sup>o</sup> de la Ley de 11 de junio de 1856), cabe sostener que entre el Estado y los Ayuntamientos existe una especie de condominio o propiedad compartida (en la Real orden de 28 de abril de 1891 se emplea la expresión "coparticipación") (1).

Partiendo de esta base, cuando los Ayuntamientos venden en pública subasta los productos de sus montes de propios, bien puede decirse que obran representando una comunidad de bienes por cuotas. En la cuota parte correspondiente al Ayuntamiento (80 por 100) existe autocontrato, aunque su construcción técnica ofrezca dificultades (2). Pero donde resulta clarísima la autocontratación es en la cuota parte perteneciente al Estado (20 por 100), porque, al vender, ostenta el

(1) La existencia de semejante condominio se infiere, entre otras, de las siguientes disposiciones: El artículo 6.<sup>o</sup> de la Ley de 1877 establece que "para atender a la repoblación y mejora de los montes públicos, contribuirán los pueblos con el 10 por 100 de todos los aprovechamientos, lo que confirma el artículo 25 del Reglamento de 18 de enero de 1878: en la Real orden de 28 de abril de 1891 se dispone que el 10 por 100 de referencia debe deducirse de "todos los productos, sin exceptuar el 20 por 100 que corresponde al Estado", y en la conclusión 2.<sup>o</sup> de dicha Real Orden se dice: "... por no ser dicho 20 por 100 carga de rebaja para los efectos de la liquidación de que se trata y si expresión de coparticipación", con lo cual la participación del Estado viene a ser de un 28 por 100. Por su parte, la jurisprudencia parece inclinarse hacia el mismo criterio, y así, según el Tribunal Económico Administrativo Central, ha de deducirse del impuesto sobre los bienes de las personas jurídicas a efectos de la liquidación del mismo el 20 por 100 que al Estado corresponde en los montes de propios, porque esta participación es del Estado, y éste no puede pagarse a sí mismo." (Resolución de 3 de enero de 1933.)

(2) En la cuota parte del Ayuntamiento (80 por 100) justificase cumplidamente la transmisión de bienes por el juego, que hemos asignado al derecho de tanteo de que se trata, no siendo preciso, por lo tanto, acudir a la teoría del *selbstcontrahiren*. No obstante, a base de la admisión de derechos y obligaciones sobre cosa propia (hipoteca de propietario, aspiración al orden sacerdotal, que obliga sus propios bienes con la finalidad de que le sirvan de congrua sustentación, etc.), podría hablarse aquí del contrato consigo mismo, ya que el Ayuntamiento manifiesta una doble voluntad de venta (al subastar) y de compra (al tantear), y en

Ayuntamiento no solamente la representación de su parte alícuota, sino también la representación de la parte correspondiente al Estado. En cambio, al ejercitarse el derecho de tanteo actúa el Ayuntamiento en representación exclusiva del Municipio, para el cual adquiere la parte perteneciente a la entidad estatal, pagando a ésta el precio proporcional a su participación.

Concurre aquí, además, otro requisito que la jurisprudencia patria señala como imprescindible para la admisión del autocontrato: la ausencia de contradicción de intereses. Lógicamente, al adquirir el Ayuntamiento el 20 por 100 (más bien el 28 por 100) de los productos de su representado (Estado), tratará de hacerlo por la menor cantidad posible. Sin embargo, el mecanismo de la pública subasta elimina todo peligro de confabulación peligrosa para los intereses estatales. Es verdad que en muchos casos las subastas no pasan de una pura farsa montada de antemano; pero ello, de no ser demostrado, es algo que carece de trascendencia en el orden jurídico. En cambio, de comprobarse el hecho, desde luego frecuentísimo, de ser los adjudicatarios provisionales simples testaferros de los Ayuntamientos subastadores, quedaría aniquilada, a poco que se reflexione, la tesis, por algunos sostenida, de que las entidades subastadoras nada adquieran a título oneroso cuando ejercitan el tanteo (1).

En virtud de lo precedentemente expuesto, podemos contestar a la pregunta que forma parte del enunciado de este artículo diciendo que las subastas de que se trata se hallan sujetas, sin violencia alguna, al impuesto de Derechos reales, y en el concepto que a continuación vamos a explicar.

El artículo 16 del vigente Reglamento del impuesto de Derechos reales, en su apartado 8, dispone—desenvolviendo lo preceptuado en el artículo 2.º, párrafo XIII, de la Ley, y en el 5.º del mismo Reglamento, párrafo XIII—: "Se calificarán también como arrendamientos, y se liquidarán con arreglo a las disposiciones de este artículo, los contratos de concesión de aprovechamientos forestales por el Estado, Cor-

esta dupla emisión de quereres distintos ven algunos autores, como Traviesas, el factor único y el elemento típico y característico del autocontrato.

(1) Una vez en poder de Ayuntamiento la totalidad de los árboles subastados, los vende, generalmente por lotes, y el producto de la venta ingresa en las arcas municipales y figura en los presupuestos para cubrir atenciones y servicios del común en armonía con el destino natural de los productos de propios, según el artículo 147 de la Ley de 1935.

poraciones, Sociedades o particulares, aunque en ellos se comprende la corta de árboles, siempre que se justifique que responden a un plan de aprovechamientos del monte. En caso contrario, la corta de árboles se reputará y liquidará como transmisión de bienes muebles."

Este artículo admite implícitamente, después de sujetar al impuesto toda clase de aprovechamientos forestales, la existencia de dos especies de aprovechamientos forestales a efectos tributarios: la de aquellos que "responden a un plan de aprovechamientos del monte" y la de aquellos otros que "no responden a plan alguno de aprovechamiento". Los primeros se asimilan a los arrendamientos (sin razón alguna para ello); los segundos se reputan verdaderas transmisiones de bienes muebles cuando, además, concurra en ellos el requisito positivo de la corta de árboles. La misma distinción, que implica una distinta consideración fiscal, admitían los Reglamentos anteriores (en el Reglamento del impuesto de que se trata, de 10 de abril de 1900, ni siquiera se aludía al requisito del plan para reputar la corta como "compra de bienes muebles", criterio, a nuestro modo de ver, más lógico y jurídico que el actual).

Tal distinción está en perfecta armonía con la establecida por la legislación especial de montes, la cual reconoce y regula como especies distintas dos clases de aprovechamientos forestales: los ordinarios y los extraordinarios. Los primeros son los que se refieren a los productos primarios y secundarios de un monte, conciliables con la conservación del monte mismo y que han de realizarse dentro del año forestal con sujeción a un plan "dasocrático" formado por las Jefaturas de los distritos forestales; los segundos, esto es, los extraordinarios, no se hallan sujetos a plan alguno y solamente pueden explotarse en circunstancias anormales, como, por ejemplo, en los casos de incendios, ciclones, cortas fraudulentas, etc.

Como la clave de la distinta consideración que a la legislación del impuesto de Derechos reales merece una y otra clase de aprovechamientos hallase en la "existencia o inexistencia de plan de aprovechamiento" del monte, impórtanos insistir sobre este extremo, agregando que los aprovechamientos forestales extraordinarios no responden ni pueden responder a plan alguno dasocrático, no sólo porque terminantemente lo da a entender el artículo 93 de la ley general de Montes de 1863 y el Reglamento de 17 de mayo de 1865 al disponer que las Jefaturas de los distritos forestales solamente podrán autorizar los

disfrutes extraordinarios en los casos de incendios, cortas fraudulentas, etc., y que fuera de estos casos no podrá autorizarse aprovechamiento alguno de los montes de los pueblos que no se halle incluido en el plan anual aprobado, sino porque su misma naturaleza lo rechaza. Dada la utilidad pública que los montes reportan, el Estado, ya desde los tiempos de la Novísima Recopilación (que con respecto a los montes de Guipúzcoa prohibía que "se círtara un solo árbol sin plantar dos") viene ordenando el aprovechamiento y disfrute de todos los montes de utilidad pública, cualquiera que sea la persona a quien pertenezcan, con objeto de evitar que se exploten esos montes en forma arbitraria y perjudicial a los intereses de la nación. Y esta ordenación efectúase a través de los llamados planes dasocráticos (o de gobierno de los montes), los cuales pueden revestir carácter definitivo (por turnos de transformación que abarquen varios años) o provisional (por años forestales), conforme a lo dispuesto en el Real decreto de 17 de octubre de 1925 (que reitera lo preceptuado en los artículos 73, 80 y 81 del Reglamento de 17 de mayo de 1865). Y, claro está, tanto unos como otros refiérense exclusivamente a los aprovechamientos forestales ordinarios, ya que los tales planes no son otra cosa que "cálculos anticipados, basados en datos racionales y científicos, sobre las posibilidades productoras de un monte en circunstancias normales". Los acontecimientos extraordinarios o imprevisibles (ciclones, incendios, etcétera), que constituyen el objeto de los aprovechamientos forestales extraordinarios, huelga decir que no pueden formar parte de plan alguno anticipado, tanto definitivo como provisional, aunque se concedan a cuenta y se rebajen del plan del año siguiente al en que se produzcan. Su naturaleza anormal y extraordinaria repele la sujeción a planes normales y ordinarios.

Los aprovechamientos a que nos hemos concretado en este modesto trabajo revisten carácter extraordinario por no responder a un plan de ordenación y llevar aparejada la corte de árboles, con lo cual sobra decir que tributarán por el concepto de transmisión de bienes muebles a título oneroso, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del párrafo 8.<sup>o</sup> del citado artículo 16<sup>o</sup> del Reglamento.

MANUEL RICARDO LEZÓN NOVOA.

Notario

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

### SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1942.—*Fuentes de derecho.*

Es doctrina reiterada de esta Sala que los principios generales del derecho, como fuente de carácter subsidiario, según el art. 6.<sup>o</sup> del Código civil, sólo pueden invocarse en defecto de ley y costumbre aplicables al punto controvertido.

### SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1942.—*Desahucio.*

El hecho de destinar la cosa arrendada a usos no pactados es insuficiente por sí sólo para dar nacimiento a la acción de desahucio fundada en la causa cuarta, inciso primero del art. 1.569 del Código civil, ya que el cambio de uso está condicionado por la circunstancia de que haga desmerecer la finca, debiendo entenderse por *desmerecimiento* todo quebranto que sufrá el propietario de la finca por daño material o de otra índole que sea imputable al arrendatario y se traduzca en un posible menor rendimiento económico del inmueble.

### SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1942.—*Liquidación y fusión de sociedades.*

La excepción de incompetencia de jurisdicción, independientemente de su aspecto procesal, ha sido acertadamente desestimada por la Sala sentenciadora, porque los términos del art. 7.<sup>o</sup> de la escritura de constitución de la S. A: "Transportes de Carballino" en que la excepción es fundada, claramente remiten al juicio de amigable composición las cuestiones tan sólo que surjan entre la Sociedad y los accionistas, esto es, las relaciones internas de la Sociedad, sin que comprendan, ni puedan comprender sus relaciones externas con personas extra-

ñas a ella o tercera: concepto este último aplicable al actor en el caso de autos, ya que actúa en esto como acreedor o tercero, y no en la cualidad de accionista que también concurre en él: por lo que procede desestimar el primer motivo del recurso. Conformes los litigantes en que "Transportes Carballino" se constituyó en estado de liquidación en un momento en que contaba con activo, y declarado por la Sala de instancia—sin impugnación en este recurso—que también existía como pasivo la deuda contraída con el demandante, el cauce legal marcado para estas situaciones en que la Sociedad subsiste, aunque sustituidas por liquidadores sus órganos gestores y representativos, y modificada su finalidad social, exigía que en una primera y propia parte de liquidación fuera pagada la deuda y que no se llegase a la fase última de reparto de haber social sin que la cuota de liquidación pudiera fijarse en el remanente líquido del patrimonio de la Sociedad, según prescriben los arts. 228 y 235 del Código de Comercio. Con olvido notorio de esta pauta elemental de liquidación, aconteció un hecho anormal que la Sala de instancia ha silenciado, pero que es preciso poner aquí de relieve por su trascendencia en el pleito, y por constituir la materia del motivo segundo del recurso, fundado en el resultado que ofrece la confesión judicial del actor, congruente con lo sustancial con las alegaciones de la parte contraria, y ese hecho de liquidación consistió en trasladar el activo de la Sociedad a la entidad anónima "Auto Industrial", percibiendo los socios de "Transportes Carballino" la suma en que fué tasado mediante acciones de la entidad, nueva entregadas por ésta sin reembolso alguno, lo que se llevó al efecto con la cooperación del acreedor demandante, gerente de "Transportes Carballino" en aquellos momentos. Dicho traspaso no reviste los caracteres de una verdadera fusión de sociedades en sentido jurídico, ni, por tanto, se ha debido prescindir del proceso de liquidación, ya que no consta que hubiese mediado acuerdo de fusión, ni la entidad fusionante se hizo cargo del pasivo de la fusionada, por lo que el traspaso más bien tiene la mera significación de acto traslativo del dominio de unos bienes por precio oficialmente fijado y pagadero en acciones de la nueva sociedad; pero lo que principalmente conviene concretar, por lo que atañe a los únicos recurrentes fiadores mancomunados en el préstamo que el demandante había hecho a "Transportes Carballino" es que por el aludido traspaso la Sociedad se quedó sin unos bienes que debieron ser destinados preferentemente al pago de la deuda, con la consiguiente

liberación de los fiadores, imposibilitados ahora para ejercitarse el beneficio de excusión y para subrogarse en el derecho de perseguir directamente aquellos bienes. Así se llega a la situación procesal de este pleito, en el que resulta la sinrazón de pretender que los los fiadores, aun habiendo sido socios de "Transportes Carballino" pechen íntegramente con una deuda que debió ser satisfecha con los bienes indebidamente repartidos entre todos los socios, cuando lo procedente es declararlos exentos de responsabilidad como tales fiadores, no tanto por la negligencia que sanciona el art. 1.833 del Código civil al no impedir el acreedor demandante el reparto prematuro de los bienes sociales, como porque, dada la cooperación del actor en el traspaso del activo a la nueva Sociedad, es de aplicación, ineludible al caso de autos, lo dispuesto en el art. 1.852 del mismo texto legal que declara para estos supuestos la liberación de los fiadores. Al no entenderlo así el Tribunal de instancia ha infringido principalmente el art. 1.852 del Código civil.

SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1942.—Competencia: presentación de documentos en los juicios verbales.

La existencia de sumisión expresa del demandado a la jurisdicción del lugar donde está establecido el domicilio de la Compañía actora, que es Madrid, consta de modo indubitable en la póliza de seguro obrante en autos, y la única cuestión que queda planteada y que ha de ser objeto de resolución de este Tribunal, es la de si dicha póliza ha de ser tenida en cuenta no obstante que no parece haber sido presentada juntamente con la demanda. Según tiene declarado reiteradamente esta Sala en interpretación de los arts. 720 y 730 de la Ley procesal, en los juicios verbales no es exigible la presentación de documentos acompañándolos a la demanda, pues la necesidad de presentarlos no surge hasta el momento de la celebración del juicio, no siendo aplicable a los verbales el art. 504 de la misma Ley.

## Jurisprudencia del Tribunal Especial de contratación en zona roja

### I.—INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN (S. núm. 38 del 17-X-1942).

Ejercitada en la demanda inicial del juicio la acción de nulidad que concede y regula en su art. 2.<sup>o</sup> la Ley de 5-XII-1940, cuyo carácter especial y de privilegio no consiente que a su amparo y con uso del procedimiento que, en consonancia con aquél, señala se propongan y decidán cuestiones distintas de las que abarcan sus preceptos, no le era lícito al sentenciador, que estimaba que en el contrato discutido en el pleito no concurrieron circunstancias que lo hicieran anulable, hacer, además del consiguiente pronunciamiento absolutorio de la demanda, otros relativos como el que únicamente combatía el recurso al cumplimiento y cuantía de la obligación de pago contraída por el comprador demandado, pero no exigida por el demandante; porque, aparte de que no habiéndose pedido por éste que se condenase al demandado a pagarle cantidad alguna, incidió el juzgador en manifiesta incongruencia al hacer la condena de pago de 10.000 pesetas a que se contrae el recurso, ya que las acciones ejercitables para obtener el cumplimiento y efectividad de los contratos válidos no son—salvo en los casos que pueden comprenderse en el artículo 6.<sup>o</sup> de la expresada Ley—derivadas al amparo de ésta, cuyos preceptos y especialidad no autorizan a que cuando se declare sin lugar la nulidad pedida en una demanda, se adicione a tal declaración otra acerca de lo que el demandado ha de pagar al demandante, conforme a lo convenido en el contrato y por aplicación de lo dispuesto en la Ley de 7 de diciembre de 1939, la cual, en el apartado f) del artículo 58 en relación con el 36, atribuye su aplicación, en cuanto al pago del precio de bienes vendidos bajo el dominio marxista, al mutuo acuerdo de los interesados, y, en su defecto, a la jurisdicción ordinaria.

II. El artículo 2.<sup>o</sup>: a) La Sentencia del 30 de septiembre de 1942 (número 34) niega la aplicabilidad del artículo 2.<sup>o</sup> por razones de hecho. b) La Sentencia del 17 de octubre de 1942 (número 37), afirma, en cambio, su aplicabilidad. A continuación, dicha Sentencia establece lo que sigue:

“Conforme con lo que también tiene ya declarado este Tribunal,

la devolución de la cosa con sus frutos, preceptuada en el artículo 3º de la repetida Ley especial, debe entenderse solamente para el caso en que obre en poder del contratante, obligado a su restitución por haberla recibido y tenido en su poder en virtud y por la celebración del contrato que se anule, ya que al tenerla o poseerla con anterioridad al mismo determina un estado de hecho o de derecho sin dependencia de aquél, y que por ello no puede cesar ni alterarse si no es por convenio de las partes o mediante el ejercicio de las acciones adecuadas en el procedimiento que por su naturaleza y cuantía corresponda."

III. El artículo 8.º: a) Sentencia del 9 de octubre de 1942 (número 35): "Con arreglo al párrafo 1.º del artículo 8.º de la Ley normativa de esta jurisdicción, los plazos estipulados en los contratos anteriores al 18 de julio de 1936, cuando alguna de las partes afecta al Glorioso Movimiento Nacional se hubiese encontrado en zona que estuvo sometida a la dominación marxista, se consideran suspendidos desde dicha fecha hasta dos meses después del día en que hubiese empezado a residir en zona nacional el contratante que estuvo en la roja debiendo para la liquidación del término de esta suspensión del plazo, según la recta inteligencia de dicho precepto, computarse los días anteriores al en que empieza la suspensión y completarse con los posteriores al de terminación de la misma. Mas esta disposición suspensiva y de prórroga de los plazos contractuales a que se refiere, productora de efecto obstativo al ejercicio de las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones que habiendo vencido conforme a lo estipulado no se hallasen aún cumplidas, no puede tener otro alcance en el orden procesal, en cuanto a las reclamadas judicialmente con anterioridad a la misma, que el de ser aplicable en los procedimientos ya incaudos, con detracción en ellos de las condonaciones que correspondan y fijación de las procedentes esperas legales, según está ordenado en el artículo 25 de la citada Ley de 5 de noviembre de 1942. En el caso sometido a esta resolución concurren aquellas circunstancias de que se hace mérito, anteriores, determinantes de la suspensión del plazo contractual—siquiera la parte actora en estos autos haya consignado al interponer su demanda, habiendo sido recibido por la demandada, el importe de las letras de cambio representativas del crédito cuyos vencimiento y prórroga han sido objeto de discusión—, puesto que están conformes las partes en el hecho básico en que se funda la pretensión a este respecto de la actora, relativo a que el crédito de 41.800 pesetas, representado por tres letras

de cambio libradas el 2 de julio de 1936 a noventa días, a la orden de "B. L. S. A.", y con aceptación de R. M. V., causante de los actores, cuya obligación de pago debió cumplirse en Córdoba, lugar sito en territorio nacional, por aquellos a quienes a la fecha del vencimiento (30 de septiembre de 1936) se encontraban en zona roja, y no empezaron a residir en la nacional hasta el 1.º de abril de 1939; y por consiguiente, debe considerarse el plazo de noventa días fecha estipulada en dichas cambiables, aunque vencido con anterioridad, porque el vencimiento de las obligaciones se produce en el día prefijado contractualmente para que sean cumplidas, suspendido para la exigibilidad y su cumplimiento desde el 18 de julio de 1936 a 1.º de abril de 1939, y conforme al cómputo establecido, prorrogada la obligación hasta el 14 de agosto del expresado año". b) Sentencia de 15 de octubre de 1942 (número 36): "La cuestión primordial a resolver en la presente litis se reduce a determinar si el precepto de suspensión de plazo consignado en el artículo 8.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940, que sirve de base a la acción deducida por la Sociedad demandante, es o no aplicable a los contratos de arrendamientos, cuya naturaleza jurídica tiene el que es objeto de este juicio, celebrado entre los hoy litigantes en 30 de agosto de 1935, y por el que la actora arrendó a la Sociedad "Electrolúx" un anuncio luminoso por término de tres años, y con la obligación por ésta de satisfacer periódicamente cada mes, durante el tiempo antes expresado, la cantidad de 350 pesetas. Según ya tiene declarado este Tribunal, dada la generalidad de los términos en que aparece redactado el artículo que antes se cita, en el que genéricamente se emplea la palabra "contratos", sin especificar clase alguna de éstos, es evidente que lo por tal concepto ordenado abarca todos los contratos anteriores al 18 de agosto de 1936, siempre que en ellos se den los supuestos para los que se establece, sin más excepciones que las de los en que siendo simultáneas o tan inmediatas que a esto equivalgan, su perfección y consumación carecen de plazo para el cumplimiento de las obligaciones que contienen y las que enumera la propia Ley especial en su artículo 23, que no señala ninguna que se refiera a los arrendamientos de cosa; deduciéndose de todo lo expuesto que el contrato de autos, por su naturaleza, y no por el cumplimiento de obligaciones en plazos periódicos previamente fijados, se halla excluido del precepto legal estatuido por el artículo 8.º de la precitada Ley."

## Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de fecha 16 de mayo de 1939.*

LA NOTIFICACIÓN DE LIQUIDACIONES HECHA AL PRESENTADOR DEL DOCUMENTO, MANDATARIO VERBAL DE LOS INTERESADOS, PRODUCE LOS MISMOS EFECTOS QUE SI SE PRACTICASE A LOS INTERESADOS, Y, EN SU CONSECUENCIA, ES EXTEMPORÁNEA LA SOLICITUD DE FRACCIONAMIENTO DE PAGO INSTADA DESPUÉS DE LOS QUINCE DÍAS DE REALIZADA DICHA NOTIFICACIÓN.

Ante una Oficina liquidadora se presentó, a nombre y con mandato verbal de los interesados en una sucesión, relación descriptiva de los bienes del causante, en solicitud de la oportuna liquidación definitiva, con todos los documentos reglamentarios, y entre ellos, y firmada exclusivamente por el mandatario-presentador, la declaración jurada prevenida en el artículo 119 del Reglamento, relativa, como es sabido, a la cotitularidad del causante en depósitos indistintos.

Practicadas las liquidaciones que se estimaron procedentes, fueron notificadas al propio presentador en el mes de agosto de 1936, y en 10, 11 y 12 de diciembre siguiente los herederos solicitaron el fraccionamiento de pago de lo que restaba por ingresar de dichas liquidaciones, fundados en que no les habían sido notificados personalmente y a pesar de que el día 2 del mismo mes habían ingresado el importe de lo liquidado por el impuesto sobre caudal relicto. El 16 del repetido mes, el representante legal de unos legatarios pidió que le fueran notificadas las liquidaciones giradas a éstos, supuesto que habiendo renunciado a la herencia no tenían conocimiento de ellas.

El Liquidador denegó el fraccionamiento solicitado, fundado en que la notificación hecha al presentador había sido plenamente eficaz y, por consiguiente, estaba fuera de plazo la petición de dicho fraccionamiento.

No conformes con tal criterio los peticionarios, interpusieron recurso, alegando que era nulo todo lo actuado desde la notificación del expediente de comprobación, la cual no debió ser hecha al presentador, sino a los mismos interesados directamente; que el presentador, aunque autorizado verbalmente por algunos interesados para presentar los documentos, carecía de mandato legal eficaz, y que si bien todos ellos habían pagado el impuesto sobre el caudal relicito, no todos tuvieron conocimiento del pago, porque por algunos hicieron el ingreso los demás, de lo cual deducían la necesidad de la notificación personal y expresa a los herederos.

El Liquidador informó la indudable existencia del mandato verbal, deducida de la presentación; no sólo de la relación de bienes, sino de la presentación de otros documentos, tales como recibos, escrituras, una letra de cambio a los efectos de la comprobación, y corroborada por el pago que algunos herederos realizaron de las liquidaciones que les afectaban y por haber ingresado todos el impuesto liquidado por el caudal relicito.

El recurso fué resuelto favorablemente por el Tribunal Económico-administrativo provincial, teniendo en cuenta que, aunque conforme a los artículos 106 y 129 del Reglamento, el presentador es considerado como mandatario verbal, y las notificaciones que se le hacen surtén los mismos efectos que si se hicieran a los propios interesados; tales artículos son de interpretación restrictiva y suponen el cumplimiento de los demás requisitos reglamentarios, y entre ellos, el de que la solicitud de liquidación sea firmada por todos los interesados, como previene el artículo 115, y que el mero hecho de poseer el presentador los documentos reglamentarios exigibles, no autoriza a considerarle mandatario-presentador mientras los herederos y legatarios no le faculten para oír notificaciones.

El Centro directivo de lo Contencioso, usando de la facultad que le concede el artículo 141 en relación con el 142 del Reglamento, formuló recurso de alzada, y el Tribunal Central revocó el fallo apelado y declaró extemporánea la petición de fraccionamiento y nulo el acuerdo en que el Tribunal provincial la concedió.

Dice el Tribunal que ante el precepto terminante del apartado 5) del artículo 106, es incuestionable que el presentador del documento, por el mero hecho de serlo, tiene el carácter de mandatario verbal de los interesados y le alcanza la presunción del otorgamiento de mandato expreso verbal por imperativo del artículo 1.710 del Código civil, y que en virtud de aquel precepto, todas las notificaciones que en relación con el documento presentado se le hagan tienen el mismo valor que si fueran hechas a los mismos interesados; de donde deduce que ante tan claro precepto no es lícito restringir su alcance ni cabe desconocer que el hecho de tener los documentos en su poder supone que le fueron entregados a los fines de la liquidación, cuyo mandato, en fin, se corrobora también con la gestión que el mismo mandatario hizo durante la tramitación del expediente de comprobación y de las diligencias posteriores hasta el momento en que se giraron las liquidaciones.

Se refiere después el Tribunal a la sentencia de 12 de julio de 1928, invocada por el Tribunal provincial, y dice que en ella se discutió un caso que no guarda relación con el enjuiciado, pues en aquél los presentadores eran los albaceas, y las notificaciones fueron hechas al dependiente del Notario; y que, además, el Reglamento entonces vigente no contenía un precepto redactado en los términos categóricos en que lo está el apartado 5) del artículo 106.

Por último, saliendo al paso la Resolución que venimos examinando al argumento del Tribunal provincial de que por disposición del artículo 115 la relación de bienes ha de estar firmada por los interesados, dice que ese requisito solamente es exigible cuando se trata de solicitudes o relaciones de bienes presentadas a liquidación definitiva, lo que supone—dice—que cuando el requisito falta, tales documentos tienen sólo eficacia para producir liquidación provisional.

**COMENTARIOS.**—Empecemos por decir que el fallo comentado nos parece acertado y ajustado al espíritu del Reglamento, dados los antecedentes y circunstancias concretas que en el caso concurrieron, todas las cuales, en conjunto, llevan al ánimo la convicción de que, efectivamente, el presentador contaba con el mandato verbal y expreso de los interesados, resaltando entre todas esas circunstancias la de poseer y adverar todos los documentos complementarios precisos para liquidar y la reiterada intervención que en el expediente de comprobación tuvo. Sin tal mandato, esa tenencia y esa intervención serían completamente

inexplicables, y sobre todo ello, y para reforzar de un modo decisivo aquella convicción, está el hecho del pago, cuando menos de parte de lo liquidado por todos y cada uno de los interesados, lo cual forzosamente implica la ratificación y conválidación del mandato y de lo actuado por el mandatario, e implica asimismo que las notificaciones a él hechas fueron del todo eficaces y que la solicitud de fraccionamiento era extemporánea.

Pero aunque ése sea el juicio que el fallo merece, ello no quiere decir que pueda prestarse el asentimiento sin distinguir a todos los razonamientos que el Tribunal emplea para llegar a su última definición.

Diremos primeramente que, a partir del Reglamento de 1927, está fuera de duda, incluso por decisiones jurisprudenciales, como, por ejemplo, la de 28 de marzo de 1934, que las notificaciones hechas a los presentadores surten el mismo efecto que si se les hicieran a los interesados. Este Reglamento fué el que introdujo la innovación contenida en el artículo 106, apartado 5), repetida después en el Reglamento de 1932 y en el vigente.

Redactado así el precepto, aún surgió la duda, nacida de relacionar las artículos 129 y 85, de si la notificación de los expedientes de comprobación es válida cuando se hace a los presentadores, ya que el segundo manda que se haga a los "interesados", mientras que el 129 no se refiere a esos expedientes, sino simplemente a las liquidaciones; pero lo cierto es, según tenemos razonado en otro lugar, que tal duda no tiene consistencia, porque, para tenerla, sería menester que el precepto dijera "personalmente a los interesados".

La letra, pues, del artículo 106 y también su espíritu es que el presentador tiene personalidad para oír notificaciones; pero, ¿la tendrá en todo caso y sin distingos, incluso cuando la relación de bienes no esté firmada por los interesados y sea él el que la firme, sin otro justificante de la representación que dice ostentar que su propio dicho?

De los razonamientos del Tribunal antes expuestos se deduce que éste se decide por la afirmativa, y a nosotros nos parece que esa amplitud de interpretación del artículo 106 va más allá del espíritu y de la intención del legislador, en la cual no pudo estar nunca la eficacia de un mandato y una representación, sustentados, a los efectos que venimos examinando, en una mera afirmación del sedicente mandatario.

Es razonable pensar en el mandato y admitir la representación presunta cuando el representante acompaña un documento en el que el re-

presentado es otorgante, o una relación de bienes firmada por los interesados; pero cuando, en el segundo caso, esa circunstancia no se da, ¿en qué apoyar la presunción?

Es decir, en resumen, que la representación presunta que el apartado 5º del artículo 106 establece, debe tener eficacia plena cuando en el documento presentado es otorgante o firmante el representado, y que cuando eso no ocurre, y la representación es negada, carece de dicha eficacia, o, en otros términos, que en el primer caso la presunción de la representación es "juris et de jure", y en el segundo es "juris tantum", y pendiente, por lo mismo, de posible contradicción.

*Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1941.*

EL RECIBO FIRMADO POR EL VENDEDOR DÁNDOSSE POR PAGADO DEL PRECIO DE UNA COMPRAVENTA, HACIENDO CONSTAR QUE HA VENDIDO LA COSA, PRIVA AL CONTRATO DE SU CONDICIÓN DE VERBAL, A LOS EFECTOS DE LA EXENCIÓN DEL NÚM. 5º DEL ARTÍCULO 6º DEL REGLAMENTO.

Entre determinada Sociedad y la dueña de cierto negocio de aguardientes y alcoholes se celebró el contrato de traspaso del negocio sin otro justificante escrito que un recibo firmado solamente por la señora transmitente, en el que constaban estas palabras: "hoy vendo permanentemente a dicha Sociedad" el negocio en cuestión.

Entre ambos contratantes se promovió pleito sobre efectividad del contrato, y el aludido recibo fué presentado como prueba por la Sociedad demandada, lo cual originó que, noticiosa la Abogacía del Estado del documento, practicase diligencias de investigación y girase liquidación a cargo de la entidad adquirente.

La liquidación fué recurrida y desestimada la reclamación por los Tribunales económicoadministrativos provincial y central.

La tesis de la recurrente era que la venta había sido verbal y que el recibo no solemnizaba el contrato en forma que dejase de ser verbal, ya que había sido extendido solamente a efectos de contabilidad, y, en todo caso, como el negocio comprendía una partida de mercancías enajenadas por la misma dueña de la fábrica, su importe no podía ser objeto de liquidación.

El Tribunal Supremo desestimó también la demanda consideran-

do que aunque el contrato fuera en principio verbal, tomó después forma escrita en el recibo que originó el expediente de investigación, puesto que su texto no se limitó a consignar la entrega del precio, sino que además contenía la expresión del hecho del contrato mismo en la locución "vendo perpetuamente", sin que a ello obste que no esté firmado por el comprador, porque la concurrencia de ambas partes la refleja la aceptación del documento en esos términos y su presentación en el pleito por la Sociedad compradora y demandada; todo lo cual sirve de apoyo a la Sala para deducir que en él concurren los requisitos sustanciales que para la existencia del contrato previenen los artículos 1.254 y 1.445 del Código civil.

Con el anterior razonamiento desecha la alegación de que el contrato fuera verbal y de que le alcanzase la exención que para los de esta naturaleza establece el número 5.º del artículo 6.º del Reglamento. Y en cuanto a la otra exención del número 8.º del mismo artículo, también invocada en la demanda, dice la sentencia que tampoco es aplicable porque esa exención se concreta, "a las simples ventas, verbales o en documento privado, de bienes muebles o semovientes, cuando el que enajena sea dueño, colon o arrendatario de las fincas o ganaderías de que procedan los bienes vendidos", circunstancias distintas del caso de autos.

**COMENTARIOS.**—Aunque el caso fué planteado y resuelto bajo la vigencia del Reglamento de 1927, como los preceptos invocados no han sufrido variación ni en el Reglamento de 1932 ni en el actual, es de completa actualidad, y la solución es indudablemente acertada porque evidentemente no se trata de contrato verbal propiamente dicho y que no ha sido elevado a documento escrito, como es lo previsto para que sea aplicable la exención del número 5.º del artículo 6.º del Reglamento del Impuesto, ni se trataba tampoco de contrato "meramente verbal celebrado en establecimiento o sitio público de venta" sobre mercaderías, que es una de las exenciones del número 8.º del mismo artículo 6.º. Pero, si bien compartimos la procedencia del fallo, no podemos decir lo mismo del último razonamiento transcritó y entrecomillado, por la razón de que la desestimación de la exención no puede nacer del hecho de no referirse la venta discutida a bienes muebles o semovientes realizada por el dueño, colon o arrendatario de las fincas o ganaderías de donde aquéllos proceden y dar por supuesto que ese es el único motivo de exención de ese número 8.º, ya que

los casos en él señalados son además de ese otros dos, consistentes en contratos privados sobre mercaderías, celebrados por correspondencia, y en los meramente verbales que se celebren en establecimientos o sitios públicos de venta, también sobre mercaderías; y es claro que esta última exención era la alegada por la Sociedad recurrente, juntamente con la del citado número 5º, y no la que en el razonamiento del Tribunal se combate.

*Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1942.*

PRESENTADA A LIQUIDACIÓN UNA HERENCIA CON LA SOLICITUD DEL FRACCIONAMIENTO DEL PAGO DEL IMPUESTO CORRESPONDIENTE A LOS USUFRUCTUARIOS Y DE APLAZAMIENTO DE LA LIQUIDACIÓN EN CUANTO A LOS PRESUNTOS NUDOPROPIETARIOS, Y SEÑALANDO AL MISMO TIEMPO LOS BIENES QUE AL EFECTO HABÍAN DE QUEDAR HIPOTECADOS, LOS NUDOPROPIETARIOS INSTARON, AL FALLECER LA USUFRUCTUARIA, LA NULIDAD DE LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN CUANTO A LA NUDA PROPIEDAD. EL TRIBUNAL SUPREMO DESESTIMA EL RECURSO.

El causante nombró en su testamento herederas usufructuarias de sus bienes, y, para después del fallecimiento de éstas, herederos en pleno dominio a determinados individuos.

Presentada a liquidación la escritura de partición, se pidió al Liquidador que aplazase la liquidación por nuda propiedad, por ser inciertas las personas que al fallecimiento de la usufructuaria habían de heredar los bienes, y al mismo tiempo fué presentada una instancia, firmada por la usufructuaria y por los presuntos nudopropietarios, solicitando, al amparo del artículo 135 del Reglamento, y en razón de no existir metálico ni bienes muebles en la herencia, el fraccionamiento del impuesto que se liquidase a la usufructuaria y también del correspondiente a los nudopropietarios en el improbable caso de que no se considerase procedente el aplazamiento de la liquidación a ellos correspondiente. Además, los solicitantes señalaron los inmuebles inventariados que habrían de quedar hipotecados en garantía del pago del impuesto.

La Oficina liquidadora accedió al fraccionamiento y aplazamiento dichos y la hipoteca quedó reglamentariamente constituida.

Fallecida la usufructuaria, los nudopropietarios hicieron constar el hecho ante la Delegación de Hacienda y manifestaron que ellos, por lo mismo, adquirían el pleno dominio de los bienes y que se habían enterado de que sobre éstos pesaba una hipoteca para garantizar el pago del impuesto girado a la usufructuaria, y que como no habían autorizado la constitución de tal hipoteca, ésta había sido indebidamente constituida en cuanto a la nuda propiedad de los bienes gravados y debió limitarse a gravar el usufructo. En definitiva, terminaron pidiendo que se acordara la cancelación de dicho gravamen.

La petición fué desestimada por el fundamento de que tanto la heredera usufructuaria como los nudopropietarios expresamente habían pedido el fraccionamiento del pago de las liquidaciones referentes a la usufructuaria, y de que en la constitución de la hipoteca estuvieron conforme todos los partícipes de los bienes.

Contra la desestimación de la instancia interpuso recurso ante el Tribunal provincial uno de los nudopropietarios, el cual, en el escrito de alegaciones, además de insistir en los puntos de vista sustentados ante el Delegado de Hacienda, añadió que los nudopropietarios, al solicitar el fraccionamiento, no prestaron su consentimiento a la constitución de la hipoteca; que en todo caso tal consentimiento sería nulo por no ser los firmantes nudopropietarios, como lo demuestra el aplazamiento de las liquidaciones, que la Oficina liquidadora acordó: que dos de los firmantes, por ser menores, aunque emancipados, no podían prestar el consentimiento, y que siendo la regla general tributaria que el adquirente sea el que pague el impuesto, sería injusto exigir a los nudopropietarios el importe de una liquidación girada a cargo de persona ajena a ellos cual es la usufructuaria.

El Tribunal Central Económicoadministrativo confirmó el acuerdo desestimatorio del provincial, y otro tanto hace la Sala tercera.

Esta empieza por centrar la cuestión diciendo que la única a examinar en el pleito es la inicial del mismo, planteada en el escrito dirigido al Delegado de Hacienda y consistente en dilucidar si la hipoteca constituida a favor del Estado debe ser cancelada, ya que las demás cuestiones son extemporáneas por no haber sido propuestas y discutidas en vía gubernativa; y eso supuesto, desde el momento en que los nudopropietarios solicitaron en el primitivo escrito, junto con la usufructuaria, el fraccionamiento de la liquidación por usufructo, y en su caso por nuda propiedad, señalando las fincas que habían de quedar hipo-

tecadas, es claro que el recurrente carece de derecho para accionar, porque a nadie le es lícito ir contra sus propios actos, y, por otra parte, tampoco es factible la cancelación pretendida, ya que ésta fué solicitada por todos los partícipes y todos ellos se aquietaron con la resolución denegatoria del Delegado Hacienda, lo que equivale a su conformidad con la subsistencia de la hipoteca, cuya constitución no podría ser anulada en este procedimiento, incidentalmente, en la parte que afecta al reclamante, cualesquiera que fuesen los defectos de que adoleciera en el momento en que se ofició y aceptó.

**COMENTARIOS.**—La resolución que se acaba de sintetizar ofrece un aspecto de orden procesal general, otro de procedimiento administrativo y contenidos administrativo, y un tercero que se refiere al impuesto a que esta sección se dedica.

El primero, de orden procesal común, encierra el problema de si la apelación transmite al juzgador de segunda instancia la competencia, integra para conocer de la totalidad del asunto cuando algunos de los contendientes se conforman con la resolución apelada, y si en tal caso el fallo dictado aprovecha también a los no apelantes. No hemos de entrar en él para no excedernos del campo que estos comentarios tienen acotado, pero si decimos que en este caso, aun planteada la cuestión por uno solo de los interesados, y aun a pesar de no haber recurrido los demás, podía y debía ser resuelta por la Sala sin violencia de ningún principio procesal.

Respecto a los puntos de Derecho procesal administrativo, tales como si el acto administrativo verdaderamente recurrible era el causado por la primitiva instancia; si las cuestiones no propuestas en un principio eran ventilables después, y si era o no adecuada la invocación de los actos propios, decimos también que por ser ajenos a la finalidad de estos comentarios prescindimos de analizarlos; y respecto al tercero y último extremos, opinamos que tal como la cuestión fué planteada en la Delegación de Hacienda no podía ser resuelta de manera distinta a la acordada por la Oficina liquidadora. Otra cosa sería, seguramente, si entonces se hubiera planteado por todos los interesados esgrimiendo los argumentos a que la Sala hace referencia, especialmente el referente a la capacidad de algunos de los otorgantes.

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

# V A R I A

## EL ESTABLECIMIENTO DE UNA JUSTICIA NACIONALSOCIALISTA

El nombramiento del nuevo Ministro de Justicia alemán, doctor Georg Thierack, contiene la orden del Führer de edificar una justicia nacionalsocialista. Las revistas jurídicas alemanas atípuyen a este acontecimiento una capital importancia. He aquí un pasaje de las palabras introductorias del *Deutsches Recht* (1942, núm. 37/38), tituladas "La hora de la prueba": "Por los decretos del Führer se puso término a la ausencia de una dirección en la esfera de la Justicia. La ocupación definitiva del Ministerio imperial de Justicia por uno de los más altos Magistrados del Imperio echó por tierra los rumores sin sentido referentes al sino de la Justicia o—mediante una equiparación equivocada—a la suerte del Derecho. Por medio sólo de la nueva dirección hemos superado el punto álgido de la crisis. Se ha creado un nuevo campo magnético, en torno del cual se reunen los guardianes nacionalsocialistas del Derecho, para llevar a cabo nuevos esfuerzos. Los defensores del Derecho tienen sobrado motivo para saludar a la nueva dirección llenos de confianza. Los poderes especiales para la construcción de una Justicia nacionalsocialista expresan la confianza que el mismo Führer brinda al nuevo Ministro imperial de Justicia. El Ministro y el Subsecretario han trabajado durante años como altos Magistrados del Imperio, han soportado las preocupaciones y la responsabilidad de esta gran profesión en años difíciles y con plena conciencia, y conocen la Justicia por su actividad en puestos políticos de la periferia de la jurisdicción: el Tribunal Popular y la Corte de Presas en Hamburgo. El Ministro, lo mismo que el Subsecretario, se tenían que enfrentar, como Magistrados prácticos y como miembros de la administración de justicia, con magnas tareas, y las resolvieron. Con la ocupación unitaria del Ministerio de Justicia del Imperio, de la Asociación de los Guardianes Na-

cionalesocialistas del Derecho, y de la Academia del Derecho Alemán, hase conseguido, también en esta esfera de la vida popular, la unidad del Partido y del Estado, y además la unidad de práctica e investigación, de justicia y de dirección sindical" (l. c., pág. 1.250).

No causa asombro que tamaño acaecimiento hâ provocado numerosos artículos sobre la estructuración de la apetida Justicia nacionalsocialista. Resumamos a continuación dos de dichos escritos programáticos, como botones de muestra.

El Subsecretario del Ministerio de Justicia imperial, doctor Curt Rothenberger, publica en la revista *Deutsche Justiz* (1942, págs. 565 y siguientes), "Los primeros pensamientos sobre la construcción de una Justicia nacionalsocialista". La actual guerra será la primera en la que el Derecho, en lugar de la fuerza, se impondrá. No obstante, el Derecho tiene que adaptarse a las necesidades de la guerra. Quien, como jurista de la anticuada tradición, lloriquee sobre ello o hasta se resigne, o quien levante el grito al cielo a causa de la supuesta ausencia de Derecho o de seguridad de Derecho, carece de comprensión de la situación política e histórica. Mas todo ello no es obstáculo a que ya se prepare lo por venir. El Juez ha desempeñado, en todos los Imperios florecientes, un papel especial: así, en el Imperio romano e inglés. En marzo de 1939 adoptaron en Viena el Fascismo italiano y el Nacionalsocialismo alemán, entre otras, las siguientes tesis: "El Juez, a diferencia de otros funcionarios, deriva su autoridad directamente de la dirección del Estado" (tesis 5.<sup>a</sup>); "en la organización de ambos Estados, el Juez ocupa un puesto especial entre los funcionarios del Estado" (tesis 8.<sup>a</sup>). En este sentido habló el Duce, en su discurso del 6 de mayo de 1942, de la "misión verdaderamente sagrada" de la Justicia. El Juez está sometido al Führer, como Magistrado supremo del Imperio alemán. Por tanto, cada Juez debe juzgar como si juzgara el mismo Führer, o sea basándose exclusivamente en principios jurídicos nacionalsocialistas. Por otro lado, el Juez no está sometido sino al Führer; ningún otro funcionario debe darle órdenes referentes al ejercicio de la Justicia. Los Jueces alemanes encárnzan altos valores morales. Sin embargo, nos encontramos con una crisis de la Justicia de un tamaño hasta ahora nunca conocido. Este hecho aparentemente contradictorio se explica por dos causas: 1), en las tareas modificadas y dificultadas, provocadas por el tránsito a una nueva época y atribuidas por el legislador nacionalsocialista al Juez; 2), en el hecho de que el desarrollo histó-

tico del Juez alemán, su educación y su elección han hecho surgir un tipo humano y una manera de pensar inadecuados a éstas tareas reformadas. En la época liberal se trataba de la *interpretación de las Leyes*; hoy hemos de *hallar el Derecho*. Y no sólo eso: además, el Juez debe *crear Derecho*. La recepción del Derecho romano había determinado este desenvolvimiento. Stölzel lo describe plásticamente en las siguientes palabras: "Hasta ahora la escuela del Juez había sido la *vida*; y en ella había aprendido lo *recto*, deviniendo en ella un Juez *sabio*. Ahora aprende los *derechos* en las aulas de las Universidades, y se convierte en un Juez *erudito*." El punto de partida para toda reforma de la enseñanza ha de ser el punto 20 del programa del Partido: "Los planes de enseñanza de todos los Institutos educativos deben adaptarse a las exigencias de la *vida práctica*." Dicha exigencia programática debe llevarse a cabo tanto en la educación universitaria como en la preparación práctica de la profesión judicial. Además, quien quiera ser Juez, debe conocer la vida. Así llegamos a las siguientes pretensiones: a) Nadie debe llegar a ser Juez demasiado temprano. El juzgar requiere un juicio maduro, cierta distancia interior y un carácter vigorosamente disciplinado; todas ellas cualidades que apenas se pueden esperar de un "asesor" de veintiocho años, que nunca tuvo que luchar en la vida. b) Nadie que ya se ha conquistado una posición en otra profesión, querrá ser después Juez, a no ser que se cree un presupuesto: el puesto de un Juez alemán debe ser, en el campo moral y material, de tal forma que ofrezca alicientes aun para los mejores de la joven generación. La dirección del Estado brinda a los Jueces, por su legislación elástica y la libertad del Juez de órdenes, tal confianza, que sólo puede reputar dignos de ella a los mejores. Si puede haber en un Estado de caudillaje hombres libres de órdenes en la esfera de la Justicia, sólo pueden serlo pocos y hombres egregios.

El Magistrado de la Audiencia, doctor Hans Liedermann, aborda, en la revista *Deutsches Recht* (1942, págs. 1.377 y sigs.), el interesante tema "Interpretación de la Ley y formación del Derecho". Tres ejemplos evidencian la nueva manera de interpretar la Ley: 1.º Con arreglo a un precepto del Derecho alemán, el arrendador no puede desahuciar al subarrendatario, si éste posee con su familia, en la pieza subarrendada, un hogar independiente. En el caso en cuestión, el arrendador quiso desahuciar a la viuda de un soldado caído en el campo de batalla, por no poseer ya, después de la muerte de su marido, un hogar

de esta suerte a su mayoría de edad. "Difficile est satiram non scribere". La teoría de la "comitás" confunde la soberanía, que consiste en la autonomía lógico-normativa del ordenamiento jurídico, con el poder real de hacer lo que plazca a uno. Aunque dicha teoría ha experimentado hoy día una refutación unánime, conviene poner de relieve que el principio de la reciprocidad, admitida con idéntica unanimidad, no es sino un residuo de la "comitás", ya que no hace aplicar Derecho por razones jurídicas, sino por consideraciones políticas, o sea de conveniencia. La doctrina opuesta estatuye vinculaciones jurídicas para el legislador que emite D. I. Pr., bifurcándose dicha tesis según que la vinculación tiene su origen en el D. I. Púb. o en la mismísima esencia del Derecho (así Frankensteín). La primera alternativa, a su vez, u opina que las reglas limitativas del D. I. Púb. exigen del D. I. Pr. un contenido determinado (así Zitelmann), o creen que se contentan con el mandamiento "en blanco" de aplicar en algunos casos, según el mejor saber y entender del legislador nacional, Derecho extranjero (Bartín, Maury).

II. La *definición* del D. I. Pr. pende de la concepción que uno tiene de dicha materia. Hay autores que definen el D. I. Pr. como aquella disciplina que delimita las competencias legislativas y judiciales de los diversos países; y hay otros que lo conceptúan como el conjunto de normas que nos indica el Derecho aplicable a los casos con elementos extranjeros. La primera definición (aceptada por Maury, página 27) parece implicar el enfoque internacionalista del D. I. Pr., ya que la delimitación de las competencias entre diversos países debe realizarse por una autoridad superior a ambos, o al menos por cada país, como "negotiorum gestor" de tal autoridad actualmente ausente. La segunda definición (que es la de Ago) se inspira, en cambio, en la calificación nacionalista del D. I. Pr. El legislador nacional, a semejanza como crea para la materia mercantil un Derecho especial, estatuye para la materia con elementos internacionales el D. I. Pr. Maury cree poder conciliar la definición de apariencia internacionalista con el carácter nacionalista del D. I. Pr. Los nacionalistas incluyen el D. I. Pr. o en el Derecho civil o en el Derecho público (1), o le atribuyen una naturaleza mixta. Maury (p. 28) escoge la última posibilidad.

III. De la más alta importancia es el sistema del D. I. Pr. Este

(1) Sobre la diferencia entre Derecho público y privado, véase José María Villar y Romero "La distinción entre Derecho público y derecho privado" (*Revista*

sistema puede construirse, o sobre el conjunto de las normas de colisión, o sobre la estructura lógica de la norma de colisión.

1.º El conjunto de normas forma un ordenamiento jurídico. Todo ordenamiento jurídico es autónomo y pantónomo; eso quiere decir quer por un lado, es originario y no deriva su validez de una norma perteneciente a otro ordenamiento, y que, por otro lado, abarca todos los ordenamientos jurídicos del mundo como órdenes parciales suyos.

En este segundo sentido—y con razón—mantiene Kelsen ("Teoría general del Estado", Labor, 1934, p. 161): "Si éste (el Estado) es soberano, él acapara toda la soberanía, y los restantes Estados no son coordinados, sino subordinados, es decir, órdenes delegados del primero. Si el orden jurídico estatal propio es el soberano, constituye un orden universal frente al cual los restantes Estados no son sino órdenes parciales, a los que no puede reconocerse la soberanía".

El ordenamiento jurídico descansa sobre una norma fundamental: el ordenamiento jurídico internacional, sobre la regla "pacta sunt servanda"; un ordenamiento jurídico nacional, sobre el mandamiento de obedecer a la Constitución y a todo lo que deriva de ésta su validez. Según la concepción de los autores, hay que admitir, o la superioridad del ordenamiento jurídico internacional, o la de un ordenamiento jurídico nacional. De todas maneras, se llega siempre a un monismo jurídico. La multiplicidad de diferentes ordenamientos jurídicos soberanos coexistentes resulta de un punto de vista sociológico: no jurídico. Desde ambas hipótesis puede llegarse a los tratados como fuente de Derecho, puesto que sin duda alguna lo son para el ordenamiento jurídico internacional, y también pueden serlo para el ordenamiento jurídico nacional adoptándose la tesis de la autolimitación.

El hecho de que en este segundo supuesto una ley posterior al tratado y contradictoria a él es vinculatoria, para los jueces no es ob-

*General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 171 de la colección, 1942, págs. 5 a 70). Su criterio es el siguiente (págs. 57 y sigs.): "En conclusión, la distinción entre Derecho público y privado puede hacerse apartando en primer lugar un gran grupo de materias que por su finalidad, por hallarse inspiradas directamente en el principio del "imperium" y soberanía, pertenecen evidentemente al Derecho público. Las restantes materias jurídicas serán públicas y privadas y, por ende, el Derecho será público o privado según que la finalidad de la norma conforme al plan del Estado, y dentro del campo de la relación jurídica, esté orientada en aquellos motivos que caen dentro de la misión sustancial que el Estado asigna y según que den lugar o no al nacimiento de deberes jurídicos normativos, aparte de los subjetivos que en la misma relación jurídica se produzcan, es decir, que fuera de aquellas materias evidentemente públicas por su contenido, la distinción funciona siempre dentro del campo de la relación jurídica."

táculo ninguno, ya que una cosa es la nulidad de una norma inferior por oposición a una norma superior y otra muy diferente la competencia para pronunciar esta nulidad. Maury menciona, acertadamente, el caso de las leyes anticonstitucionales, que en la mayoría de los países eran, sin embargo, obligatorias para los jueces, sin que por ello se quisiera deducir que la Constitución no perteneciera al ordenamiento jurídico nacional. Maury hubiera podido alegar también las órdenes militares nulas, que, no obstante, han de ser observadas por los inferiores de los que las dieron, o ciertos negocios jurídicos cuya nulidad sólo puede hacerse valer por determinadas personas. Las dos hipótesis, en cambio, discrepan en su explicación del orden público. La supremacía del ordenamiento jurídico nacional convierte aquellas partes de los Derechos extranjeros que se oponen al orden público nacional en meros hechos irrelevantes, recogiendo las restantes como sectores parciales del propio ordenamiento. La supremacía del ordenamiento jurídico internacional da lugar a un análogo fenómeno en cuanto se conciba el orden público como institución internacional. En cambio, queda sin explicación la hipótesis de un orden público nacional contrario a las concepciones internacionales y que excluye reglas jurídicas extranjeras conformes con las últimas y opuestas al primero. Sea ello como fuere, Maury rechaza como punto de partida el ordenamiento jurídico, ya que no explica el Derecho consuetudinario y porque descansa sobre un supuesto teóricamente tan frágil como lo es la norma fundamental (l. c.; p. 29).

2.º Maury es partidario de la concepción normológica (v. REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 293 a 295), es decir, estatuye "la norma de colisión como base de la sistemática del D. I.-Pr." (1). Según su función, la norma de colisión es una norma indirecta (2): no resuelve el caso en cuestión, sino indica el Derecho que le va a resolver. Según su estructura lógica, la norma de colisión consta de un tipo legal (por ejemplo: "a los muebles") y de una consecuencia jurídica (por ejemplo: "ha de aplicarse el Derecho que se determinará por medio del punto de conexión: nacionalidad del propietario"). Finalmente, la norma está provista de ciertas características negativas, cuya inexisten-

(1) Así, el título del cursillo dado por Werner Goldschmidt en la "Federación de Asociaciones Españolas de Estudios Internacionales" en los meses de enero, febrero y marzo de 1935 (Madrid, 1935, pág. 63).

(2) Maury: *Règles générales des conflicts de lois* (Sirey, París, 1937, página 135), la conferencia que tenemos a la vista, pág. 10.

cia condicionan su aplicabilidad. Un examen atento de la norma de codificación revela todos los problemas de la parte general del D. I. Pr. como, problemas de la interpretación de dicha norma (REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 294 y 295).

IV. Las *características negativas* conocidas a los juristas del Derecho penal (por ejemplo: defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, etc.), son en el D. I. Pr. el orden público y el fraude de la ley. El fraude a la ley, empleado tanto en el asunto Vidal (S. de la "Cour de Paris" del 30 de junio de 1877; Maury, I. c., págs. 16 y 17), como en el de la duquesa de Beaufremont (S. de la "Cour de Cassation"; Sirey, 1878, I, 193) para lograr el divorcio vincular por medio de la adquisición de una nacionalidad benévolas en este aspecto, es considerado por la mayor parte de la doctrina alemana como caso especial del orden público (v., por ejemplo, Martin Wolff: "Internationales Privatrecht", Berlin, Springer, 1933, § 10-IV, 3, p. 34), mientras que una minoría alemana (por ejemplo, Nussbaum: "Deutsches Internationales Privatrecht", Mohr, Tübinga, 1932, § 11. III, p. 75) y la doctrina latina (v. Maury, I. c., p. 17) le atribuyen sustantividad. Aceptamos el último punto de vista. En efecto: el mero hecho de que el fraude a la ley es una institución propia de todas las materias jurídicas, a diferencia del orden público, que es privativo del D. I. Pr., es suficiente para comprender que si uno de ambos conceptos comprendiera el otro, el del fraude a la ley debería abarcar el del orden público. Ahora bien: sabemos (v. REVISTA CRÍTICA, 1942, págs. 417 y 606) que el fraude a la ley consiste en un doble abuso de derecho: no teniendo relación alguna el orden público con dicha institución. Por ende, el orden público y el fraude a la ley son conceptos diferentes, cada uno con su propia sustantividad.

ERICK WOLF: *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (Grandes juristas de la historia del espíritu alemán). Tübinga, Mohr, 1939, pág. 592.

(Conclusión.)

VIII. Grotio se halla en una oposición a Hobbes. La modificación de las doctrinas grotianas en las teorías de Hobbes puede formu-

larse, con palabras de Erik Wolf, de la siguiente manera: "En el lugar del Pueblo se coloca el Estado; en el lugar del Derecho, el Poder; en el lugar de la comunidad corporativa, la sociedad finalista; en el lugar de la razón práctica-ética, la inteligencia teórica; en el lugar de la justicia concreta, la legalidad abstracta." SAMUEL PUFENDORF reune, de cierta manera, las opiniones de Grotio y de Hobbes. Pufendorf nació en 1632 en Dorfchemnitz, cerca de Thalheim, en Sajonia, como hijo de un pastor protestante. El profesor que más influencia sobre él ejercía era el matemático Weigel. Después de sus estudios, Pufendorf recibió una colocación en la casa del embajador sueco en Dinamarca. Poco después, el estallamiento de la guerra sueco-danesa produce la prisión del embajador y de su séquito, entre el cual se encuentra Pufendorf. Puesto en libertad, se va a Holanda, de donde pasa a Heidelberg para desempeñar una cátedra. Unos años más tarde Pufendorf acepta el nombramiento de catedrático de la universidad sueca de Lund. Pufendorf fallece en 1694 en Estocolmo. Su obra principal es "De iure naturae et gentium libri octo" (Lund, 1672). Pufendorf distingue, siguiendo ideas de su maestro Weigel, el mundo natural del mundo cultural, hasta tal punto que algunos autores (p. ej., Welzel) pretenden concebir a Pufendorf como precursor del kantismo sureccidental. Esta interpretación, sin embargo, es errónea, puesto que Pufendorf niega la independencia del mundo cultural y estima que subsiste sólo como supraestructura del mundo natural. Este último, enfocado de determinada manera, se convierte en el mundo cultural, que consiste de "entia moralia"; que, por ende, constituyen "modi" de los objetos naturales. Estas modalidades, que transforman los "entia phisica" en "entia moralia", son: persona, estado, cantidad y "cualidad" poseyendo, sobre todo, interés para la filosofía del Derecho las dos primeras. El hombre fisiológico es persona en tanto en cuanto actúa gracias a la libertad de la razón y de la voluntad. Las personas pueden ser privadas o públicas, simples o compuestas. La persona libre se somete a una ley ("norma moralis seu lex"), cuyo cumplimiento convierte la actividad libre en una "actio moralis". Un hombre fisiológico puede reunir varias personalidades. La pena puede sólo imponerse a una persona. He aquí la razón por la cual debe quedar impune el loco o el borracho, puesto que ambos no son libres y por ello no son personas. El "ens morale" puede encontrarse en diferentes estados: "in statu naturali considerato in ordine ad Deum" (así, p. ej., Adán). "in statu

naturali considerato in ordine singulorum hominum ad se ipse" (así, por ejemplo, Robinsón Crusoe); "in statu naturali in ordine ad alios homines" (así, p. ej., los pueblos o los hombres antes de organizarse en un Estado); "in statu civili" (así, los hombres dentro del Estado). ¿Cómo debemos explicarnos la causa de la organización estatal? Grocio la deduce, como Aristóteles, de un "appetitus socialis"; Hobbes, en cambio, la deriva de la necesidad planteada por el "bellum omnium contra omnes". Pufendorf intenta una síntesis de teorías tan dispares. El filósofo alemán maneja a este efecto dos conceptos: el de la "imbecillitas" y el de la "socialitas". La "imbecillitas" expresa la indefensión del hombre aislado, no sólo en aspecto material, sino también en aspecto moral. La "socialitas" es, en cambio, la existencia humana social. El esfuerzo de unir las opiniones opuestas de Grocio y Hobbes hacen a Pufendorf acreedor de nuestra estima y simpatía. Las palabras severas de Leibniz: "Vir jure consultus, sed minime philosophus", son, evidentemente, demasiado duras.

IX. Vimos cómo ya en Grocio el Derecho natural se independiza del Derecho divino. Este proceso de independización culmina en la obra de CHRISTIAN THOMASIO, que a la vez separa el Derecho natural de la filosofía. De este modo, Thomasio deviene el fundador de la "teoría general del Derecho". Thomasio nace en 1655 en Leipzig, estudia Derecho y ejerce la profesión en su ciudad natal. En 1687 Thomasio anuncia en la Universidad de Leipzig un curso en lengua alemana (una innovación audaz) sobre las doctrinas de Baltasar Gracián. Este hecho y los ataques de Thomasio contra la manera pedagógica de sus compañeros dificultan su actividad en Sajonia, llegando a ser ésta imposible cuando Thomasio defiende el matrimonio entre el duque luterano Moritz Wilhelm de Sajonia-Zeitz con la viuda reformada del duque Karl Wilhelm de Mecklenburg-Güstrow, matrimonio no deseado en Sajonia. Thomasio huye de Leipzig y se presenta en la Corte prusiana, donde, al contrario, el mencionado matrimonio era popular, puesto que la viuda del duque Karl Wilhelm era una hija del Gran Elector de Prusia. Thomasio recibe el permiso de dar cursos en Halle, donde poco después se funda una Universidad. Allí enseñó también el pastor pietista Francke. En 1728 fallece Thomasio. Su obra principal son los "Fundamenta iuris naturae et gentium" (1705). Thomasio mantiene múltiples doctrinas en diferentes materias. En el Derecho procesal combate el tormento y los procesos contra brujas. Su actividad principal,

sin embargo, se desarrolla en el campo de la filosofía del Derecho. Después del pecado original, la voluntad humana es mala. Los hombres celebran entre sí un contrato y se someten a un señor. Este constituye la base de todo derecho: "autor legis semper est imperans", y a la vez la razón de su obligatoriedad, "lex est iussus imperantis obligans sujetos". Toda "lex" deriva, por ende, su validez del "rex". La acciónabilidad es, por tanto, una característica del Derecho, por lo cual el Derecho divino y el Derecho natural pierden este carácter. Sin embargo, aún para Thomasio existe un Derecho natural que aspira a la paz interna del alma y a la paz externa de las conductas. La paz interna es lograda actuando según el lema: "Quod vis, ut alii sibi faciant, tu te tibi facies." La ciencia de la paz interna se denomina ética y trata del "honestum". La paz externa se logra con arreglo a los siguientes dos principios: 1.º "Quod vis, ut alii tibi faciant, tu ipsis facis." Este principio logra el "decorum", y la ciencia acerca de él se llama "política". 2.º "Quod tibi non vis fieri, altéri ne feceris." Este último principio es el del "justum" y del Derecho. La distinción entre paz interna y externa produjo más tarde la célebre teoría según la que la moral se ocupa del interior, y el Derecho, de la conducta exterior del hombre. Thomasio niega que el Derecho internacional público es Derecho positivo, ya que meros contratos no producen Derecho y porque los Estados no están sujetos a ninguna autoridad.

X. SAVIGNY nace en 1779. Con once años, huérfano, hereda el considerable patrimonio de su familia, dedicándose por completo a la Ciencia. Savigny estudia en Marburg, donde recibe, después de terminar sus estudios, el permiso de dar cursos. Se relaciona espiritual y personalmente con los románticos, contrayendo nupcias con una hermana de Bettina Brentano. En 1810 Savigny forma parte del profesorado de la nueva Universidad de Berlín. Allí desempeña la cátedra hasta el final de su vida, regentando asimismo, durante cierto tiempo, el Ministerio de Justicia. En 1861 Savigny deja de existir. Entre sus obras merecen mencionarse el libro sobre la posesión, la historia del Derecho romano durante la Edad Media, así como el sistema del Derecho romano actual. La obra de Savigny sobre la posesión concibe ésta a la vez como hecho y como derecho. *La posesión es un hecho con el que se conectan consecuencias jurídicas.* De ahí resulta que la adquisición y la pérdida de la posesión no requieren capacidad de obrar, puesto que se trata de la realización de un mero hecho. Las consecuencias jurídicas

enlazadas con la posesión son la "usucapio" (prescripción adquisitiva) y los interdictos. La posesión, en su aspecto jurídico, debe ser incluida en las obligaciones delictuales, siendo ellas la residencia científica de los interdictos, puesto que la prescripción adquisitiva—segunda consecuencia jurídica de la posesión—no enfoca la "possessio" de modo independiente, sino engarzada en el contrato causal que le brinda el justo título. La historia del Derecho romano en la Edad Media contiene la demostración de la continuidad del Derecho romano en Europa. En los primeros dos tomos, Savigny evidencia que el Derecho romano se conservó aun después de la caída del Imperio bizantino, sobre todo en las provincias del Norte, exponiendo su desarrollo hasta Irnerio (1050). Los cuatro tomos siguientes describen los trabajos de los glosadores y postglosadores. El "Tratado de Derecho romano" proyecta una exposición del Derecho civil en cinco partes: parte general, Derecho de cosas, Derecho de obligaciones, Derecho de familia y Derecho de sucesiones. Savigny acabó sólo la parte general, la cual desarrolla en ocho volúmenes. El volumen octavo aborda el ámbito temporal y espacial del Derecho. Con tal ocasión, Savigny revoluciona el Derecho internacional privado. Los estatutarios habían partido de la naturaleza de los Derechos locales en conflicto ("estatuta"), dividiéndolos en dos grupos: estatutos personales y reales, según que enfocaban personas o bienes. Savigny parte de las relaciones jurídicas y las divide en un gran número de clases: muebles, inmuebles, delitos, contratos, capacidad jurídica, capacidad de obrar, sucesiones, patria potestad, tutela, forma de los contratos, etc. Los estatutarios habían intentado (como escritores mediocres con dos tipos de protagonistas: los buenos y los malos) encerrar la complejidad de la vida real en sus dos categorías, cual en un nuevo lecho de Procrustes. Savigny crea un sistema de ángulos infinitamente más diverso y adaptable a la realidad. Savigny es el jefe de la escuela histórica del Derecho. Dicha doctrina concibe el Derecho como un producto obligado del pueblo; a semejanza de la lengua y del arte. De ahí se deduce la importancia del Derecho consuetudinario y la inutilidad de una legislación que arbitrariamente quiere torcer el desarrollo jurídico de la comunidad. Savigny se opuso, por ello, a una codificación del Derecho alemán, chocando en esta disputa contra el conocido pandectista Thibaut.

XI. FEUERBACH nació en 1775 en Hainichen, cerca de Jena. Se dedicó al estudio de la Filosofía; sin embargo, por preocupaciones eco-

nómicas, se vió obligado a elegir la carrera de Derecho. Feuerbach caracteriza, más tarde, de la siguiente manera sus relaciones con la ciencia jurídica: "Pronto me llegó a ser menos desagradable, puesto que sabía que tenía que encariñarme con ella forzosamente. Así conseguí, con tenacidad y con un valor animado sólo por el deber, habida cuenta de relativamente poco talento, de desempeñar ya después de dos años la cátedra, de enriquecer mi ciencia obligada por varios escritos y de ganar un trampolín, desde el que pronto llegué a fama y bienestar exterior, ganándome de mis contemporáneos la alabanza de que mi vida ha sido útil a la Humanidad." Catedrático en Kiel, legislador del Código penal en Baviera, presidente de la Audiencia en Ansbach, muere en 1833 en circunstancias misteriosas, que algunos autores han querido relacionar con los presuntos crímenes respecto a Caspar Hauser. Su obra principal es el "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden straflichen Rechts" (1801). Feuerbach, en oposición a la Escuela histórica, establece como fuente del Derecho penal sólo la Ley, refutando, en cambio, la costumbre. La finalidad de la pena es la prevención general, es decir, la intimidación de los ciudadanos para que no se atrevan a cometer crímenes.

XII. WINDSCHEID (1817 a 1892), catedrático en Basilea, Greifswald, Munich, Heidelberg y Leipzig, es el representante más célebre de la ciencia pandectista del siglo pasado; como tal llegó a ser el autor del primer proyecto del Código civil alemán. Sus obras principales son: El "Manual del Derecho de pandectas" (1862); "Wille und Willenserklärung"; "Die Voraussetzung". Windscheid, en su estudio "Die actio des römischen Zivilrechts" (1856), distingue rigurosamente el Derecho subjetivo del Derecho civil y la acción como ejercicio judicial de una pretensión. Los romanos desconocen el Derecho subjetivo y se interesan sólo por la acción, concepción perfectamente explicable en un pueblo tan práctico. Por tanto, "actio", para los romanos, es la facultad de hacer entrar en actividad el Poder jurisdiccional (1). "Obligatio = actione teneri" (2). Nosotros, en cambio, persistimos en aquella distinción y estimamos que "el Derecho es un poder o un dominio de voluntad concedido por el ordenamiento jurídico", mientras que la acción es un derecho contra el Estado para que proteja el ordenamiento jurídico mediante la actividad de sus Tribunales. Es harto sabido que el

(1) V James Goldschmidt: *Der Prozess als Rechtslage*, pág. 59. 1925

(2) L. c. nota 80

concepto de la acción constituye el centro de las discusiones procesales. Windscheid es también el autor de la teoría del "presupuesto" ("Voraussetzung"), forma civilista de la "cláusula rebus sic stantibus" del Derecho internacional público. No dejamos pasar la ocasión para llamar la atención de los lectores sobre el art. 7.º de la Ley sobre Contratación en zona roja, del 5 de noviembre de 1940, en el que plasma la idea de la "cláusula rebus sic stantibus".

XIII. IHERING, nacido en 1818 en Aurich ("Ostfriesland") y muerto en 1892, es autor del "Espíritu del Derecho romano", de "La lucha por el Derecho" y del "Fin en el Derecho". Herbart, conocido filósofo y uno de los discípulos de Kant, había descubierto el fundamento del Derecho en esta causa estética: el disgusto de la lucha. Ihering se indigna frente a semejante opinión. "No es siempre la estética, sino la moral, quien debe decirnos lo que es la naturaleza del Derecho, y lejos de expulsar la lucha por el Derecho, la Moral la proclama un deber. Este elemento de la lucha y del combate que Herbart quiere eliminar de su idea es, pues, una parte integrante e inseparable de su naturaleza" ("La lucha por el Derecho", trad esp.; Madrid, 1881, página 130). En efecto, hemos visto que el Derecho consiste de normas de posible infracción y de posible cumplimiento, que deben cumplirse. Por tanto, quien permite que no se le cumpla un derecho subjetivo, colabora en la derogación del ordenamiento jurídico. He aquí la razón por la cual la prescripción extingue los derechos. En otro lugar dijimos que las normas deben incrustarse trabajosamente en la realidad. Cada ciudadano tiene el deber de cooperar en esta labor de incrustación, cumpliendo su deuda y persiguiendo su derecho. Pero entiéndase bien: persecución del derecho no quiere decir: hacer el derecho efectivo, sino sólo conseguir su reconocimiento. El multimillonario que envía el alguacil a la casa del deudor insolvente, no cumple una función social. Empero, el multimillonario que entabla demanda contra el deudor que niega infundadamente el derecho de su acreedor para imponerle el reconocimiento de su derecho, sí que desempeña una noble tarea. La segunda gran doctrina de Ihering dice: "El fin es el creador de todo el Derecho." He aquí, además, el germen de la interpretación teleológica y de la refutación de la jurisprudencia conceptual. Los preceptos y los conceptos jurídicos no son instituciones teóricas como lo son, por ejemplo, los números de las matemáticas, sino son maniobras prácticas tendentes al logro de un determinado fin.

XIV. GIERKE (1841 a 1921), catedrático en Berlín, es autor de la célebre obra "Deutsches Genossenschaftsrecht". Sus tres ideas fundamentales son: 1.º El Derecho dimana del pueblo. 2.º El Derecho alemán ha perdurado la recepción del Derecho romano. 3.º El Derecho alemán se basa en una concepción jurídica particular. ¿Cuál es la esencia de la cooperativa alemana? La cooperativa del Derecho alemán es una "persona integral" ("Gesamtperson"), es decir, "una comunidad de Derecho personal que supera el aislamiento de los individuos en una esfera determinada y lo sustituye por un entrelazamiento". Ella es, hacia el exterior, una unidad personal y portadora de deberes y derechos comunes. Hacia el interior se produce una "fusión de las voluntades", de suerte que en la esfera de la comunidad impera la colectividad unida. La comunidad no destruye la personalidad; coloca más bien al individuo en un conexo jurídicamente ordenado. De ésta idea germanica de la comunidad han de separarse tres instituciones aparentemente emparentadas, pero, no obstante, dispares: 1.º La sociedad del Derecho romano como entidad independiente de sus socios. 2.º La sociedad de Derecho natural racional como entidad dimanante de un contrato de individuos iguales y libres. 3.º La comunidad de la concepción francesa como voluntad de todos o de la mayoría. Cooperativas integrales son, por ejemplo, el matrimonio, la familia, la comunidad de la casa, el municipio y el Estado. Todas estas ideas de Gierke han sido influenciadas por Beseler. La concepción gierkiana del Derecho descansa, asimismo, en las ideas de la Escuela histórica.

LA REDACCIÓN.