

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVIII

Noviembre de 1942

Núm. 174

La crisis del contrato (*)

La renovación de las tradicionales categorías jurídicas.—La transformación del derecho privado.—El retorno a la realidad.—Ruptura de la divisoria entre "jus publicum" y "jus privatum"—Revisión de los viejos conceptos contractuales.

Coincide con el espíritu de este trabajo la tesis sostenida por el profesor Freisler en el año último, en cuanto reconoce la superación de los viejos principios contractuales por la realidad de un Estado concebido como comunidad de sangre y de destino.

Según Freisler (1), tres categorías jurídicas—contrato, propiedad y persona—han sido afectadas por la deformación liberal. ¿Hay acaso un movimiento cíclico en lo jurídico como en lo económico?

Para Freisler, la Edad Media se caracteriza por una reglamentación institucional del trabajo, lograda a través de los gremios. El siglo XIX considera el contrato del trabajo como una *locatio-conductio* romano. Ahora, la Carta del Lavoro y nuestro Fuenro del Trabajo recuperan el sentido institucional del trabajo mismo.

La abstracción de la figura intelectual del contrato produce diferentes injusticias de gran tamaño. En primer lugar, trata en pie de igualdad al patrono y al obrero. En segundo lugar, capta sólo los contratos individuales del trabajo, sin darse cuenta de las comunidades de obreros y patronos. En tercer lugar, es incapaz de dar forma jurídica a la

(*) Véase el número anterior.

(1) Freisler: *Grundlegende Deukjormen des Rechts im Wandel unserer Rechtserneuerung*. Berlin, 1941.

importancia funcional de la fábrica, es decir, del establecimiento de trabajo.

El concepto fundamental de que debe partir el Derecho nuevo es el de la nueva vida. Y este concepto supone el de la comunidad. Esta no es una abstracción, y por ello puede investigarse su núcleo esencial como quien se dispone a analizar algo vivo y tangible.

Por eso precisamente desde este punto de vista de la comunidad es desde donde se han de considerar todas las categorías jurídicas. Como consecuencia de esto, el contrato no debe extenderse a fenómenos dispares. Sobre todo, no abarca la creación de comunidades. Ello equivale a decir que ni el Estado, ni el matrimonio, ni la entrada en una comunidad de trabajo se realizan fundamentalmente a base de contratos. El "contrato social" no existe ni históricamente, ni como idea regulatriz. La pertenencia a un pueblo—dice Freisler, coincidiendo aquí con la doctrina de José Antonio—es "destino". No puede hablarse de unión, ni de darse de alta ni de baja. No existe en la realidad, dentro del Estado actual, sino expulsión (de parte de la comunidad) y traición (de parte del individuo). La pertenencia a un pueblo no se basa en un juramento, sino en la sangre. El matrimonio es una comunidad enfocada hacia la conservación de la especie. El acto estatal que lo reconoce es un mero medio artificial por el que se da seguridad jurídica a las relaciones originadas por la existencia del matrimonio.

Finalmente, no se cierra un contrato al entrar un obrero en una empresa. Este hecho supone, no un mero formalismo jurídico, sino la aceptación de un nuevo compañero en la "comunidad creadora del trabajo". Los contratos han superado así su finalidad individualista para transformarse, como dice Freisler, en instrumentos del "bienestar de la comunidad".

Este cambio operado en las tres categorías jurídicas, contrato, propiedad y persona, a que alude Freisler, simboliza la amplia renovación operada en el ámbito del Derecho privado en general. Asistimos, ciertamente, a un viraje de la construcción jurídica contemporánea. Se trata de un "retorno a la realidad" (1). Pero no un retorno a la realidad sociológica, siguiendo el positivismo de Comte, ni un retorno a la estricta realidad normativa de Kelsen. La norma jurídica—decía éste—es la única realidad. Ahora bien, la teoría pura del Derecho nació en

(1) Batlle: *El derecho civil y el nuevo Estado*, pág. 19. Murcia, 1940.

el ambiente espiritual de la postguerra viendo el mundo desde el ángulo austriaco. Es una época de racionalismo de toda la vida espiritual, política y económica. En el terreno constitucional se consagra el triunfo de la técnica jurídica. El exagerado sentido relativista del momento hace que la norma formal sea el único patrimonio común. No existe comunidad auténtica ni patetismo fecundo. Por eso, cuando el Estado democrático es sustituido por el Estado totalitario, se revela—muy a pesar de los apologistas kelsenianos—que la teoría pura del Derecho, nacida en una situación de crisis de la cultura y del Estado, no puede tener vigencia en una época realista que ensalza la vida y todo lo que es vital.

Este retorno a la realidad social que ha de ser la base de lo jurídico supone no sólo la liberación de los principios individualistas que informaron la escuela del Derecho liberal, sino también la del positivismo jurídico kelseniano, que es una culminación racionalista del abstraccionismo formal que considera el Derecho como una categoría distinta e independiente del vitalismo tangible y humano que es típico del mundo actual.

Así como el Derecho de familia tiene notas y caracteres que le colocan por encima de la simple consideración privada (1), así también el Derecho contractual ha roto la línea divisoria entre la tradicional separación de público y privado.

En el ámbito del Derecho corporativo, por ejemplo, hay una actividad normativa que impone al empresario un freno y *disciplina*. Así, la gestión de la producción no es propiamente privada, como dice Serpieri (2), o, por lo menos, no lo es en el sentido del propio sistema liberal, porque cada vez va recibiendo más elementos públicos que privados, haciendo que se debilite por momentos la rígida divisoria entre "público" y "privado".

El conflicto entre el *jus publicum* y el *jus privatum*, conocido ya en el Derecho romano, hace su aparición en el Derecho alemán a raíz de la disolución del orden jurídico medieval, basado en estamentos sociales. El tránsito del Estado feudal medieval al moderno Estado monárquico, apoyado en sus funcionarios públicos, es el hecho que engendra la disgregación de la esfera jurídica, disgregación que con los

(1) Cicu: *La filiación*. Edic. "Rev. Derech. Priv." Prólogo.

(2) Arrigo Serpieri: *Economía política corporativa*. Trad. Vergara. Año 1940, página 75.

años sucesivos fué desarrollándose sistemáticamente. El sistema político del absolutismo, por una parte, en conjunción con la idiosincrasia burguesa en la época del enciclopedismo, por otra parte, contribuyeron ambos a ahondar y a estabilizar este conflicto. Mas no tardó mucho en producirse una extensión de la esfera del Derecho privado a expensas de la esfera del Derecho público. El racionalismo del siglo XVIII se encargó de suministrar el material ideológico a tal efecto. La doctrina del Fisco nos muestra una prueba patente de la penetración de la idiosincrasia jurídico-burguesa. Aun en tiempos de Kant se consideraban términos opuestos el *jus civil* y el *jus naturale*. El *jus civil*, en su forma de manifestación histórica, según Kant, tenía aún cierto carácter propio de Derecho constitucional. La equiparación completa entre Derecho civil y Derecho privado débese a acontecimientos posteriores. Esta equiparación terminológica, que en su aspecto material no es del todo justa, indica cuáles son las fuerzas políticas que son responsables de la extensión dada a la esfera del Derecho privado. Era comúnmente admitido que el campo del Derecho público se caracteriza jurídicamente por la relación de subordinación dimanante de la soberanía, mientras que el campo del Derecho privado se caracterizaba, a su vez, por una relación de coordinación de orden contractual. De aquí se deduce fácilmente la conclusión de que la forma normal de manifestación jurídica en el campo del Derecho público era la disposición legal, unilateral y de carácter soberano, mientras que en el Derecho privado lo era el contrato bilateral o multilateral. Lo restante se redujo a confeccionar meticulosamente para cada hemisferio jurídico, pues no otra cosa era, en efecto, su correspondiente catálogo de especialidades jurídicas, tanto de Derecho material como de procedimientos. Era a base de la diferenciación, de la demarcación y de la contraposición continuas de ambos hemisferios de lo que se nutría el mundo jurídico liberal. El hecho de que los límites entre ambas zonas fuesen movedizos y de que se apreciara una constante expansión de la ideología de Derecho privado a expensas del Derecho público, no llega a modificar nada en la apreciación del conflicto. La ciencia jurídica liberal se caracterizaba precisamente por su intenso afán de diferenciación y de desintegración.

Prácticamente predomina el Derecho privado, y tanto desde el punto de vista de la extensión como desde el de la importancia, pasa el Derecho público a ocupar un segundo plano, viniendo a ser como

una especie de Derecho supletorio cuya misión radica exclusivamente en afianzar al Derecho privado. El ordenamiento jurídico liberal encuentra su íntima justificación en el Derecho privado.

La tendencia a "privatizar" toda la ideología jurídica, caracteriza—como dice Walz (1)—toda la evolución del pensamiento desarrollada a través del siglo XIX. Pero el Estado autoritario reivindica su soberanía e incluye dentro del interés de la comunidad el interés privado, particularista, lleno de egoísmos liberales, de cada individuo. Esto quiere decir que la comunidad nacional no puede dividirse. Ha de ser el pueblo entero el que, desde diferentes aspectos de la vida, desarrolla su propia existencia personal y política, englobando ambas esferas parciales.

A este respecto importa recordar la doctrina de Müller (2), en cuanto a la postura jurídica del individuo frente al interés de la colectividad. "La novedad fundamental—dice Müller (3)—que surge con la llegada al Poder, para transplantarse del programa político, y por encima de la esfera del Movimiento, a la realidad, es la concepción diferente del espíritu de la totalidad. La totalidad es el pueblo. El Estado no puede hallarse ni al lado, ni por debajo, ni por encima de él, sino que es "el organismo viviente del pueblo". ("Der lebendige Organismus des Volkstums". Ad. Hitler, *Mein Kampf*, pág. 434.) "Por lo tanto, el Derecho no es algo que pueda ser aportado desde fuera al pueblo, sino que es una forma de manifestarse del orden vital popular. El pueblo, empero, no es una multitud formada ni casual ni arbitrariamente, sino una unidad que se ha producido de un modo natural a base de elementos raciales. Nacional sólo lo es quien sea de sangre alemana o afín." (Punto 4 del programa del Partido.) "Por consiguiente, la totalidad no es suma de individuos, sino que el individuo es miembro de la totalidad. Sus acciones y omisiones son, por necesidad natural, una parte de la vida nacional, y deben, por tanto, encajarse a ésta. Su actividad debe producirse dentro del marco de la totalidad y en beneficio de la generalidad." (Punto 10 del programa del Partido.) Expresado en pocas palabras: "La utilidad ge-

(1) G. A. Walz: *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* págs 99-101 Berlin, 1-IV-1942.

(2) Horst Müller. *Die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts seit der Machtübernahme*. Freiburg i. Br., 1938.

(3) Ob. cit., pág. 5.

neral está por encima de la utilidad particular." ("Gemeinnutz geht vor Eigennutz". Punto 24 del programa del Partido.)

Este concepto del interés general es, sin duda, algo que está en el sentimiento del pueblo (*Volksempfindem*), aunque no haya sido definitivamente definido en los Códigos. Se trata, pues, de que la conducta de los particulares sea objetivamente justa en el juego de sus relaciones civiles.

En este sentido—recuerda Müller (1)—se planteó, a principios del año 1936, en el Pleno del Tribunal Supremo de Berlín, el problema de si podía ser nulo un negocio jurídico que cayese dentro del artículo 138 del D. G. B., por ser opuesto a las "buenas costumbres", cuando la prestación y la contraprestación están desproporcionadas. Por ejemplo, el comprador adquiere algo a precio considerablemente elevado; el deudor acepta un crédito en condiciones desventajosas. ¿Es solamente el negocio jurídico nulo—tal como hasta ahora lo admitía la Jurisprudencia—, o, además, de ello, cabe esgrimir un reproche moral contra las partes? ¿Débese, por tanto, someter cada negocio jurídico al examen judicial, en el sentido de que ninguna de las partes se halle en situación de considerable ventaja, o se limita su intervención al caso en que comete alguna transgresión? El Pleno del Tribunal Supremo ha proclamado que la simple desproporción entre prestación y contraprestación no es suficiente. Debe comprobarse, además, en la parte aventajada una tal intención que haga que el negocio jurídico, tanto por su contenido como por su causa y su efecto, sea contrario al "sano sentimiento del pueblo".

En el mismo sentido se orienta la opinión de Kretschmar (2), quien afirma que, "al concebir de modo diferente la posición y la importancia del individuo dentro de la comunidad del pueblo (*Volksgemeinschaft*) tal como se ha operado por efecto del Movimiento nacionalsocialista, en las relaciones jurídicas del Derecho privado, se acusa un incremento en la esfera de los deberes. El camino para llevarlo a la práctica ha sido ya preparado por los artículos 157, 226, 242, 817 y 826 del B. G. B., que responden al "sentimiento ético del pueblo".

Una nueva concepción de la vida política tenía forzosamente que operar este fenómeno. En Italia, el criterio que inspira las líneas direc-

(1). Ob. cit., pág. 27.

(2) Paul Kretschmar, "Beiträge zur Erfüllungslehre", en *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, t. 50, pág. 149, 1936.

trices del nuevo Código civil coincide en cierto modo con aquel espíritu, aunque se desvíe de las escuelas que proclaman como norma del comportamiento de los particulares el interés común. "La consecuencia fundamental de las innovaciones introducidas—dice Putzolu (1)—es una notable limitación de la voluntad privada. El contrato individual se organiza en función de su conexión con el sistema económico general. La disciplina del contrato está dominada por el nuevo espíritu. Alguno ha puesto en duda que el contrato tuviese todavía una función propia jurídica en el orden fascista. Pero la duda desaparece cuando se le considera, no como medio a disposición de uno solo, para obtener una finalidad particular, sino como instrumento de cooperación de las fuerzas económicas generales y de las individuales para la reunión de los fines indicados en la Carta de Trabajo. En el cumplimiento de las obligaciones se acusa el nuevo sentido de la vida jurídica. Ya no es el puro egoísmo individual el que conduce al acreedor a descuidar los sanos intereses del deudor, y viceversa, sino que hay una regla de equidad que exige que cada uno de los puntos de la relación obligatoria experimenten el deber de no rechazar la consideración de las razones del otro y de fundir ésta en el propio interés, según el espíritu de solidaridad que debe animar la vida de relación en el Estado fascista."

Todo esto nos lleva a la conclusión final. Ya no puede concebirse el contrato dentro de los estrechos límites de la concepción jurídica individualista. Hay una realidad humana y social que el Derecho debe recoger. Para encauzarla cuando se manifiesta torcidamente, o para obtener de ella el más fecundo rendimiento cuando encierre un fondo de utilidad vital. Pero los viejos principios de la libertad contractual, de la suprema autonomía de la voluntad, han sido superados por la necesidad de ordenar las relaciones entre los particulares bajo la suprema jerarquía del bienestar de la comunidad.

Ya el fin del Estado no es simplemente el Derecho. Como proclamaron aquellos políticos españoles que pensaban al compás de la teología católica, la finalidad del Estado es fundamentalmente el bien común. Supeditar el orden privado a este interés supremo de la comunidad ha de ser una de las características de la transformación experimentada por el Derecho privado. Los hombres viven dentro de la

(1) Antonio Putzolu: "Panorama del Codice civile fascista", en *Riv. di Diritto Privato*, anno XI-1941-(XX), núm. 6, págs. 318 a 322.

unidad de la patria. Los viejos antagonismos irreconciliables deben ser sustituidos por un principio de armonía y de solidaridad. "Ante este sentido económico de colaboración—dice Batlle (1)—hay que afirmar la necesidad de borrar del Código civil hasta los últimos vestigios del Derecho de clase, residuos del liberalismo, pero sin llegar al sentido hostil del socialismo" (2).

Como consecuencia, debe acusarse una intervención más intensa de los órganos del Estado, especialmente de los Jueces, para impedir la lucha contractual en condiciones desventajosas para una de las partes, regulando la *rescisión por lesión*, el principio de la *buena fe* y la cláusula *rebus sic stantibus*, asegurando la observancia de lo que Ripert ha denominado la "regla moral" en las obligaciones civiles (3).

En efecto, entre todas estas medidas, la cláusula *rebus sic stantibus* adquiere nuevo vigor. Al amparo del principio de la "presuposición" y de la "base del negocio", aquella cláusula se revigoriza en la doctrina actual para permitir la rescisión de los contratos (fundamentalmente, en los sucesivos y a largo plazo) cuando las circunstancias que concurrieron al momento de la perfección se modifiquen por la aparición de acontecimientos posteriores.

La Jurisprudencia alemana ha venido a revalorizar este concepto. En España, el Tribunal Supremo dictó en dos ocasiones—14 de diciembre de 1940 y 17 de mayo de 1941—dos sentencias sobre este particular, en las que en cierto modo parece dejarse abierto el camino para la admisión de dicha cláusula (4).

Nuestro Código civil, como es natural, no afronta claramente el problema. Sin embargo, no es aventurado afirmar que a través de

(1) Batlle. Ob. cit., pág. 35.

(2) Sobre los límites y la dificultad de esta posible revisión, véase Heinrich Lange "Die Neugestaltung der Anfechtung und das Vertragsverhältnis", en *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, tomo 53. 1941.

(3) Abello: "Della rescissione per lesione nella vendita a prezzo fissato i più messa unilaterale di vendita", en *Foro Ital*, 1921-I, pág. 258.—Solassi: "Sull'origine storica della laesio aenormis", en *Bull. Ist. Dir. Romano*, XXXI, págs 51 y sigs.—Sobre el problema del concepto de equivalencia jurídica en los contratos de cambio. Burghart: "Der Einfluss des Missverhältnisse von Preis und Wert auf die Gültigkeit des Kaufsvertrags, insbesondere im Grundstückverkehr", en *Iherings Jahrbücher*, páginas 205 y sigs. 1936.

(4) Véase Osorio Morales en *Rev. Gen. de Leg. y Jus.*, primero y segundo semestres de 1941.

varios de sus artículos puede entreverse la aplicación de principios totalmente contrarios a la admisión de esta cláusula.

Así, el 1.129 establece que perderá el derecho el deudor a utilizar el plazo cuando, después de contrato, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. El 1.575 dice que el arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra, y el 1.576 afirma que tampoco la tendrá en el caso de que los frutos se hayan perdido después de estar separados de su raíz o tronco. Con relación al censo, el artículo 1.625 de nuestro Código civil establece que si se pierde en parte la finca, no se redimirá el censatario de pagar al censualista el canon.

Sin embargo, y contrariamente a estos antecedentes, en la legislación del nuevo Estado hay un caso concreto de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Es el de la *Ley de 5 de noviembre de 1940*, relativa a la regulación de contratos anteriores al 18 de julio o hechos en zona roja, que en su artículo 7.^º consagra la doctrina de la cláusula estableciendo que tales contratos sólo se modificarán equitativamente en el supuesto de que, por circunstancias de guerra, representen una desproporción económica de la tercera parte de su valor. Y así como la Jurisprudencia alemana parece inclinarse, en determinados casos, hacia la rescisión del contrato, la Ley española sólo reconoce la posibilidad de la modificación.

La importancia de la introducción de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos trasciende incluso fuera del ámbito del Derecho civil hacia el procesal. En efecto, en una concepción política organizada bajo el supuesto de la división de poderes, la función juzgadora tendría facultades concretamente delimitadas y precisas. Sin embargo, en el Estado autoritario es forzoso reconocer que el Juez juega un papel de menos pasividad en el proceso. Así será posible que un Juez, cuando una de las partes solicite la rescisión de un contrato al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*, no sólo acuerde la rescisión o el mantenimiento del contrato, sino también su modificación, con el fin de adaptarlo a la nueva situación creada.

Derivación quizá de este principio es la que el docto e ilustre Catedrático de la Universidad de Madrid, D. Nicolás Pérez Serrano, viene a denominar genéricamente "el amparo judicial para la revisión de los contratos", contenido, si bien con carácter temporal y limitado a la duración de la guerra, en la "Verordnung der Vertragshilfe des

Richters aus Anlass des Krieges", de 30 de noviembre de 1939 (*R. G. B. I.*, I, pág. 2.329), cuya fundamentación se encuentra, sin duda, en la doctrina nacionalsocialista del primado del bien común sobre el interés privado, "queriendo hacer de los Tribunales factor esencialísimo para la renovación del Derecho, aunque para ello necesite romper a veces con el fetichismo de la Ley y obligue a auscultar más intimamente las aspiraciones de la convicción jurídica popular" (1).

De este modo desborda el contrato los estrechos límites de la vieja concepción individualista. Si es cierto que el Derecho privado habrá de ordenarse dentro de los postulados supremos del bienestar de la comunidad, la contratación civil no podrá, de ahora en adelante, permanecer al margen de esta decisiva transformación.

PEDRO ROCAMORA.

Profesor de la Facultad de Derecho de Madrid.

(1) N. Pérez Serrano: "El recurso de amparo judicial para la revisión de contratos", en la revista *Estudios Jurídicos*, núm. 1, págs. 25 y sigs. Julio 1941.

Legislación hipotecaria

EL CREDITO TERRITORIAL Y LA MOVILIZACION DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

Concepto general del crédito.—Crédito significa confianza, creer en el cumplimiento de una obligación. Esta confianza puede cifrarse en la solvencia del obligado o en el valor de una cosa que se da en garantía; o sea, que el crédito puede ser real o personal.—El crédito real puede ser mobiliario, cuando la garantía está en el valor de una cosa mueble, o inmobiliario o territorial, cuando la garantía la constituye un inmueble.

Movilización de la propiedad inmueble.—La tierra, el suelo y sus accesiones constituyen el principal factor de la producción, y los economistas nos demuestran que el medio conocido más eficaz para que la producción aumente en cantidad y calidad, es la iniciativa privada, pero para que ésta tenga el debido estímulo, exige el supuesto necesario de la propiedad individual, comprensiva de la facultad de disposición para poder adaptar el objeto inmueble a la explotación y utilizarle para obtener el mayor rendimiento.

Generalmente, la libertad en el comercio de la propiedad inmobiliaria hace gravitar el inmueble hacia el productor más apto, y esta propiedad enajenable, que económicamente es muy superior en eficacia a la propiedad inalienable, a la propiedad en monopolio, a la propiedad estatal, a la propiedad colectiva, habrá de tener un contenido no egoísta, negativo, en el sentido de estar cercado por las limitaciones establecidas por la Ley, como dice el art. 348 del Código civil, sino un contenido funcional, atributivo del objeto de la propiedad inmueble la misión del inmueble como factor de la producción dirigida a satisfacer las necesidades de su titular o titulares y de la comunidad nacional.

Enajenabilidad de las tierras.—Nos dicen (quizás con lastre socialista) que "la tierra es por su naturaleza RES EXTRACOMMERCIVM y que como tal, debe ser tratada". No cabe duda que la tierra no debe ser objeto de especulación, pero sí objeto de factor de la producción, dirigida principalmente a elevar el nivel medio del bienestar común, y para esto la economía exige, *por razón de eficacia, que la propiedad inmueble sea objeto de tráfico, a fin de que en él, los mejores cultivadores sacien sus deseos de agrandar su empresa y determinen la mejor dedicación de la tierras*, y además, que teniendo la propiedad inmueble un valor en venta, pueda servir de crédito inmobiliario, destinado a mejorar la producción.

Esta cuestión de tanta trascendencia como es la enajenabilidad de la tierra, hay que estudiarla previamente bajo los aspectos económico, social y político, ya que el aspecto jurídico deviene como cristalización de los otros aspectos.

Lo económico, lo social y lo político "son tres órbitas desiguales y que cada una se inserta necesariamente como menor en la otra y es condicionada por ella, y aplicada en su provecho."—La primera y menor es la órbita de lo económico: 1.º, menor, pero básica para la existencia humana y a la vez de valor instrumental. Se quiere una económica: *a) para satisfacer con justicia las necesidades de la sociedad, y así hay subordinación de lo económico a lo social, o sea, que la economía ha de dirigirse siempre al mejor bienestar de la comunidad o sociedad, organizada y trabada justamente, pero con previa resolución de lo económico, de manera que no le falte al hombre un minimum de existencia que cubra sus necesidades (toda organización social que vaya en merma de este mínimo de existencia, es inadmisible) (el comunismo, por ejemplo), y b) para que lo económico sea instrumento o medio de poder, al servicio del destino histórico de esa comunidad (órbita política), para que lo económico "multiplique los bienes al servicio del poderío del Estado, como instrumento totalitario, al servicio de la Patria, para la justicia social y para libertad cristiana del individuo": y así hay subordinación de lo económico y de lo social a la órbita política, en la que, sobre la base de una realidad física de bienestar, la comunidad misma quede convertida en pueblo con destino histórico: en Patria, con misión, como principio supremo de la organización política.*

Dejándonos, pues, de disquisiciones, aceptemos la modalidad de

propiedad inmueble que decididamente contribuya más a elevar el nivel de vida del individuo y de la comunidad, proporcionándoles una base material que humanamente cubra, por los menos, las principales necesidades, y esto se consigue produciendo mucho y mejor y haciendo una justa distribución de lo que se produce, y está suficientemente probado que la modalidad más productiva es la propiedad privada enajenable, procurando que no degenera en instrumento de dominación. En la propiedad privada de la tierra, se fomenta en su titular la concentración del esfuerzo individual sobre ella y la aplicación de las iniciativas personales del dueño y mantiene un estímulo permanente, cifrado en la perspectiva de que un mayor trabajo se compensa con un mayor rendimiento.

Según el profesor Dr. W. Wygodzinski, se puede afirmar que la estructura y eficacia de la empresa agrícola (que es la más interesante) depende, aparte de las condiciones económicas generales del tiempo y del lugar, de LA LIBERTAD DE DISPONER DEL SUELO, considerado como instrumento de producción. En la libertad de disposición del suelo está basada la movilización de la propiedad inmueble y en esta movilización está fundado el crédito territorial.

Los defectos del sistema inmobiliario pueden desaparecer con una perfecta organización del régimen de la propiedad inmueble, régimen que, como decía el Real decreto de 8 de agosto de 1855, garantice suficientemente la propiedad, para que ésta dé seguridad a los que sobre ella prestan sus capitales, que es como asentar en sólidas bases el crédito territorial. Un régimen inmobiliario que dé por resultado las tres cosas a que se refiere la exposición de motivos del Código civil suizo: una constitución más segura, una publicidad más efectiva y una mayor movilización de los derechos reales.

EL CRÉDITO TERRITORIAL ESTÁ BASADO en la esperanza de poder hacer efectiva la obligación con el valor en cambio del inmueble o con la adjudicación del mismo, en el caso de no ser cumplida aquélla.

Antecedentes generales del crédito territorial.—Siguiendo al autor citado, se puede afirmar que la propiedad del suelo ofrece la máxima garantía de crédito, pues que a la suerte de los destinos humanos y a todas las transformaciones que pueda sufrir la economía, el suelo seguirá siendo base de la producción de las sustancias alimenticias, de un valor indiscutible, como con tanta evidencia lo estamos viendo en estos momentos de crisis producida por la guerra.

Nunca fué difícil recibir crédito con la garantía de inmueble. Antes de conocerse la economía monetaria, el acreedor prestaba con la garantía inmobiliaria, apeteciendo el aumento de su propiedad con la adjudicación del inmueble, y a esto se llegaba, unas veces por medio de la hipoteca, pero confundiéndola con la prenda, como se ve en nuestro régimen antiguo, y otras veces por medio de la venta con pacto de retro. Además, como la Iglesia prohibía el interés del dinero y el Derecho romano establecía también limitaciones, se ideó entregar un capital a renta, primero irredimible y luego con posibilidad de redención, al cual servía de garantía el suelo, y así fueron posibles y frecuentes los censos y otras figuras análogas, recayendo en poder del acreedor la propiedad que servía de base al censo en caso de interrupción del pago de la pensión.

Con el advenimiento de LA ECONOMÍA MONETARIA, cambia la situación. Al acreedor no le conviene entonces resarcirse con la propiedad del inmueble; quiere el cumplimiento de la obligación y tiene para él el suelo sólo un valor en dinero, el valor de cambio. En lugar de una garantía pignorática, prefiere una garantía que tendrá la efectividad en la venta del inmueble; no una venta encubierta, sino un negocio efectivo de crédito que realiza mediante la institución de la ejecución de bienes, en el caso en que el deudor no pague. Y así el fundo hipotecado se convierte generalmente en un accesorio de la obligación personal, llegando de esta manera a la hipoteca actual, que es la forma moderna usual del crédito inmobiliario, tanto urbano como rural.

Garantía de la tierra.—La hipoteca impersonaliza el crédito, porque el acreedor se fija, más que en las circunstancias personales del deudor, en el valor objetivo del fundo. El suelo de la Agricultura es la más segura garantía imaginable, porque la tierra no se gasta, ni se alteran sus sustancias, ni se aniquila permanentemente su capacidad productiva. Y así se puede organizar, sin temor, con la garantía del valor agrícola inmobiliario, un efecto de BOLSA, seguro y cotizable en el mercado.

El crédito territorial como medio eficaz para el saneamiento de la moneda de un país.—Los productos de la tierra tienen, cual oro fino, un valor intrínseco y pueden servir de base incombustible al crédito hipotecario. Hagamos historia de lo sucedido en Alemania con el crédito territorial cuando la caída del marco a consecuencia de la guerra europea. A causa de la inflación perdió su estabilidad el marco, y él

crédito hipotecario cayó de momento por tierra, haciéndose imposible toda operación a largo plazo. Las hipotecas existentes desaparecieron porque los agricultores, por la baja del marco y con la venta de sus productos, pudieron liberar fácilmente las cargas territoriales, a cuyos intereses tenían que destinar antes de la guerra una importante porción de los ingresos. Pero inmediatamente surgió también la desventaja de la fácil liberación, puesto que perdió momentáneamente la tierra toda capacidad para el crédito territorial. Como el Gobierno alemán¹ no hacía nada para dar al crédito territorial una base de valor estable, los Bancos procedieron a sustituir en los créditos territoriales, que suelen ser a largo plazo, la base del marco-papel por la base de centeno, asumiendo los Bancos la concesión de préstamos para el fomento de la producción y para la mejora de terreno, y en estos préstamos con garantía inmobiliaria, no se expresaba la cuantía en forma de suma determinada de marco, sino que se decía que el prestatario recibía el préstamo en valor monetario de una determinada cantidad de quintales de centeno, que tenía siempre un valor propio, o sea, que la unidad monetaria de medida era el quintal del centeno.

Entonces los préstamos no se hacían en Alemania con la garantía de hipotecas, sino mediante la inscripción de cargas reales, que correspondían al importe anual de un interés al 5 por 100, que se calculaba según la cotización media de centeno en la Bolsa de Berlín.

Los Bancos obtenían el pasivo mediante la emisión de CÉDULAS de centeno; por valor de uno o más quintales de este cereal.

Este movimiento fué estimulado por el Gobierno alemán, que, después de haberse mostrado remiso durante algún tiempo, se decidió a procurar una base jurídica a las hipotecas de valor estable, por Ley del 23 de junio de 1923, según la cual las hipotecas se podían realizar de manera que la cuantía de las sumas de dinero a pagar por la finca en cuestión tenían que ser determinadas por la cotización oficial de cierta cantidad de centeno, trigo u oro fino.

Desde entonces ya no fué preciso inscribir en el Registro cargas reales en lugar de hipotecas. De este modo, a base de los productos de la tierra, se ha verificado en Alemania la estabilización de la unidad de valor, indispensable para las hipotecas a largo plazo o hipotecas estables.

PRINCIPALES FINES DEL CRÉDITO TERRITORIAL.—El crédito territorial puede servir excelentemente a dos fines: 1.º Intensificar la

producción, pudiendo el agricultor tomar dinero a préstamo para mejorar su explotación, mejorando su ganado, intensificando sus cultivos, haciendo la explotación más rentable, sin que el agricultor con esta deuda, que no es consuntiva, empeore su situación económica. 2.º Para evitar la pulverización de la propiedad con la división de herencias de pequeños patrimonios, que deben ser forzosamente adjudicados por entero al más apto de los herederos y que éste indemnice con bienes o con metálico a los coherederos el valor de sus respectivas participaciones en la herencia, y lo mismo en cuanto a los patrimonios familiares, que, si son indivisibles, se deben indemnizar a los coherederos del sucesor que quede al frente del patrimonio, el valor de la porción, que en forma de derecho de crédito, y no como una parte de la sucesión, corresponda a aquéllos, haciendo que los hijos del titular del patrimonio que presuman que no han de quedar en casa, tengan estímulo y no suceda lo que en Galicia con los caseríos, sobre todo los forales, que no queriendo trabajar para el hermano mayor, procuran desde que tienen sentido común emigrar, y lo mismo sucede en Cataluña con los hermanos del hereu. Pues bien; para estas indemnizaciones el crédito puede ser útil facilitando préstamos a largo plazo.

Es preciso evitar el excesivo fraccionamiento de la propiedad agraria, que tiene por principal causa la división en las herencias. *Las transferencias onerosas, generalmente contribuyen, no al fraccionamiento como algunos creen, sino a la concentración de fincas en el patrimonio del labrador que prospera por su aptitud.* El minifundio es improductivo, como no sea en cultivo intensivo, cerca de las capitales. Y, por tanto, así como la Ley prohíbe al obrero que se dedique a trabajos peligrosos, sin las garantías necesarias, y se limita también el trabajo de la mujer y de los niños, debe la Ley prohibir lo mismo que el *labrador y su familia sean esclavos de su propio suelo y lo exploten dilapidando su trabajo improductivo.* Con nuevas formas económicas y jurídicas hay que asegurar al pequeño cultivador una existencia que cubra suficientemente sus necesidades, y el crédito territorial tiene modalidades que pueden contribuir a ello.

Formas prácticas del crédito hipotecario.—Hay en nuestro vigente régimen otras formas de hipoteca distintas de la ordinaria, mucho más prácticas y que cada una servirá para asegurar repetidas veces, sin ser canceladas, préstamos que no excedan de la cantidad máxima de que responde la hipoteca. Son estas hipotecas las que se constituyen en ga-

rantía de cuentas corrientes de crédito, las de crédito simple y las hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador; hipotecas éstas que resultarán sencillas y muy asequibles a los labradores que tengan inscritas las fincas, y aun siendo tan prácticas, no han entrado suficientemente en la corriente del crédito, siendo preciso difundirlas. Son hipotecas para abrir crédito, para asegurar obligaciones no nacidas; son hipotecas de garantía actual para asegurar créditos probables.

La hipoteca de crédito en cuenta corriente es una hipoteca de MÁXIMO, que permite al acreditado tener disponible en cuenta corriente una suma de dinero sin ser preciso que esté en su poder, pudiendo utilizarla a medida que la vaya necesitando, y así tendrá que pagar tan sólo el interés correspondiente a la cantidad que utilice, haciendo los reembolsos cuando pueda. Y como es prorrogable mediante la liquidación periódica, llevando el saldo a cuenta nueva, puede de esta manera servir una hipoteca para muchos años.

La hipoteca de crédito simple es también una hipoteca de MÁXIMO, a la que abrió cauce la Dirección de los Registros, al amparo de los amplios términos del art. 1.861 del Código civil y del art. 142 de la ley Hipotecaria, desarrollándola con perfecta técnica en varias Resoluciones, principalmente en la de 31 de enero de 1925. Al amparo de esta doctrina, el dueño de bienes inmuebles inscritos puede constituir una hipoteca de crédito simple a favor de un Banco o de otro prestamista, para garantizar préstamos que le haga dentro de la cantidad máxima fijada, que consten en pagarés, escritura pública o documentos privados que sean ejecutivos, para el caso de que algunos de los préstamos no sea pagado a su vencimiento, y así, con estas hipotecas de crédito simple, podrá el dueño de fincas inscritas tener abierto un crédito por mucho tiempo, y con una sola de estas hipotecas podrá garantizar repetidos préstamos que le haga su acreedor dentro del máximo fijado, mediante documentos de la sencillez que quiera con tal de que tengan forma ejecutiva, y este acreedor tendrá asegurada la preferencia hipotecaria y puede pedir la ejecución del préstamo, aun sin haber pedido se extienda la nota marginal a que se refiere el artículo 143 de la ley Hipotecaria, ofreciendo tales hipotecas una garantía sólida de forma solemne, permitiendo luego formas sencillas, en el desenvolvimiento de las obligaciones o préstamos asegurados con la hipoteca.

Las hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador per-

miten al dueño de las fincas inscritas pueda emitir obligaciones aseguradas con hipotecas y luego lanzarlas a la circulación, entregándolas también en garantía de préstamos o de crédito en cuenta corriente con facultad de retirar dinero hasta el límite estipulado y de hacer reembolsos parciales, anotando cada entrega o reembolso en un cuaderno o al dorso de la misma póliza que contenga el contrato de crédito.

SUPUESTOS DE LA REFORMA.—Es preciso llevar a cabo una reforma a fondo del régimen inmobiliario español, incorporando al Código civil la materia sustantiva del régimen hipotecario como en la legislación alemana; y a este respecto dice D. Jerónimo González que "el derecho científico debe quebrantar en primer término las barreras levantadas por la ignorancia hipotecaria; presentar el sistema como mantenido por las columnas de la justicia y de la utilidad, y llevar al fondo de la conciencia popular la idea de que sus principios y deducciones atienden a la triple finalidad de **ASEGURAR LA PROPIEDAD Y LOS DERECHOS REALES, PUBLICAR LOS GRAVÁMENES QUE LIGAN A LAS FINCAS Y MOVILIZAR EL VALOR DEL SUELO**".

De otro lado—sigue diciendo el ilustre oficial de la Dirección—, corresponde a la técnica hipotecaria la augusta misión de coordinar los preceptos del Código civil, extraordinariamente influido por el de Napoleón, con los principios germánicos de la Ley especial, simplificar la materia mediante concepciones generales, que ordenen y fundan el contenido de los miles de artículos y disposiciones que hacen antipático su estudio; buscar en la analogía y en la triple finalidad señalada las normas que hayan de llenar las lagunas legales y sistematizar en forma sencilla el total ordenamiento de valores inmobiliarios.

El ilustre profesor Sr. Casso y Romero, en su conferencia sobre "Una moderna estructura para el Crédito Registral", pronunciada en homenaje al maestro D. Felipe Clemente de Diego con motivo de su jubilación, hace notar que los valores mobiliarios tienen una aceptación en los establecimientos bancarios para abrir cuentas corrientes de crédito muy superior a la de los títulos de propiedad de fincas, a pesar de ser una garantía superior y más estable, y que la causa de este fenómeno puede estar seguramente en el defecto de una modernidad registral, en la ausencia de un cauce adecuado para que por él fluya natural y espontáneamente la corriente abundante del crédito inmobiliario, de modo que, como instrumento perfectamente adecuado, inspire confianza.

Y dice que la moderna estructura para el crédito registral pide reforma acerca de dos grupos de su supuesto, unos registrales y otros hipotecarios.

Los supuestos registrales, dice, son: 1.º, la obligatoriedad de la inscripción, como punto de arranque de la nueva estructura registral, no abriéndose paso, dice, el crédito sin este supuesto; 2.º, LA PUBLICIDAD O FE REGISTRAL para amparar ante todo a los terceros adquirentes o a quien acuda a consultar el Registro. Y este principio, dice, puede implantarse por el principio de la "fuerza formal", haciendo depender el derecho del hecho de la inscripción. Dice que en nuestra Patria se puede implantar esta fuerza registral tan sólo con suprimir el art. 33 de la ley Hipotecaria. Creemos que solamente con suprimir este artículo no se conseguiría otra cosa que privar al Tribunal Supremo de que le pueda citar cómodamente en sus sentencias para dejar sin fuerza adquisitiva o protectora la inscripción que se discute. Hay que suprimir este precepto de contenido negativo y establecer preceptos positivos categóricos.

Nosotros entendemos que para una perfecta técnica del régimen inmobiliario y para una completa seguridad jurídica en el tráfico de los inmuebles, es preciso arrancar del principio DE PUBLICIDAD REGISTRAL, perfecto y sencillo, al objeto de la TRASCENDENCIA Y OSTENTACIÓN DE LOS DERECHOS REALES por medio del Registro, de manera que sea posible que la realidad jurídica coincida con la situación registral.

De este principio hacemos derivar el supuesto de la obligatoriedad de la inscripción, de manera que no haya adquisición sin el hecho de la inscripción, dando así, por medio del Registro, publicidad de todo hecho o negocio jurídico que se inscriba.

En esta publicidad del Registro hemos de fundar la fuerza legitimadora de la inscripción en sus diversos grados, según la presunción de veracidad registral que conceda la ley. Así, proponemos que se reforme la ley Hipotecaria, estableciendo preceptos categóricos y no artículos tímidos y fragmentarios de los principios hipotecarios, que dan lugar a las múltiples interpretaciones; preceptos categóricos que instauren decididamente los postulados de la obligatoriedad de la inscripción, de la fe pública registral, de la legitimación y de una prescripción hipotecaria que consolide las adquisiciones.

A) QUE SEA OBLIGATORIA LA INSCRIPCIÓN como único modo

de adquirir el dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles, siendo ineficaces las adquisiciones extraregistrales relativas a tales derechos con respecto al tercero que haya adquirido fundado en la fe registral y lo mismo en cuanto al titular de cualquier inscripción que tenga legitimado su derecho por la prescripción hipotecaria de que hablaremos.

B) LA FE PÚBLICA REGISTRAL es para el que adquiera por título oneroso, con buena fe y según el Registro, la base de una prescripción instantánea que deja inatacable su adquisición en virtud de la presunción *juris et de jure* que es el único y verdadero dueño del derecho que adquirió según el Registro. Esta fe registral la admite nuestra actual legislación.

C) LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL es el efecto inmediato de la inscripción que, exigiendo la previa calificación que de la titulación hace el Registrador, hace presumir ante la colectividad que el inscribiente es, por de pronto, el que puede ostentar la titularidad del derecho inscrito

Esta legitimación produce en la actual legislación sus efectos con diversa intensidad, desde su primer grado, que es de efectos absolutos, cual es el caso a base de la fe pública registral, hasta las inscripciones de posesión. Esta legitimación de segundo grado o de fuerza relativa confiere al inscribiente la presunción *juris tantum* de que es el verdadero titular, situación registral que hay que respetar mientras los Tribunales no declaren que hay otro titular de mejor derecho; pero se debe establecer por nueva ley que, transcurrido un plazo desde la fecha de la inscripción, debe convertirse la legitimación relativa en absoluta, presumiéndose *juris et de jure* que el titular es el verdadero dueño.

D) Fundándonos en la publicidad que proporciona la inscripción, debe preceptuarse una PREScripción HIPOTECARIA que haga firmes los derechos de los inscribientes. La inscripción produce la publicidad en dos sentidos: uno, anunciando a la colectividad quiénes figuran en el Registro como titulares del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, para que la sociedad les conceptúe y les respete como tales, y otro, anunciando la inscripción a los que puedan tener o alegar algún derecho sobre el que figura a nombre del inscribiente, para que puedan promover judicialmente la rectificación del contenido del Registro antes de que transcurra el plazo de la prescripción, haciendo

constar en el Registro la respectiva demanda, y así, transcurrido que sea el plazo de prescripción, sin que conste en el Registro interposición alguna de demanda, debe conceptuarse prescrita toda acción que pudiera antes dejar sin efecto el derecho del titular inscrito o sus causahabientes. Este plazo de prescripción puede ser el de cinco años respecto de las inscripciones de dominio de fuerza relativá y de diez años en cuanto a las inscripciones de posesión. Transcurrido el plazo de prescripción no habrá más realidad jurídica que la reflejada en el Registro.

La realidad jurídica de la propiedad inmueble está cada vez más influída por la función social que al objeto de esta propiedad se atribuye. Como dicen los tratadistas alemanes, la propiedad privada se confiere al sujeto, más que por tenerla, por la manera como la utiliza. Por esto es preciso que en el Registro conste todo el dinamismo de la propiedad inmobiliaria, no sólo la constitución, la transmisión, la modificación y extinción de los derechos reales, sino la UTILIZACIÓN del objeto de la propiedad, "la dedicación de las tierras" a que se refiere el punto 18 de la Falange, haciendo constar si el dueño explota directamente la propiedad o la cede a otro por arrendamiento, del que se debe tomar razón en el Registro en este caso.

Queremos decir que en el nuevo régimen, que no es liberal, la actuación del titular de la propiedad inmueble, como tal dueño, servirá para reforzar o debilitar su derecho, según que cumpla o no con la función de propietario; o sea, que su conducta de dueño conducirá a formar la realidad jurídica, que es preciso aparezca, en lo posible, reflejada en el Registro.

A tal efecto, un perito agrónomo que debe haber, por lo menos, en cada partido judicial, debe dar fe de la existencia de la finca (mientras no haya Catastro parcelario), dar fe también de la dedicación de la finca y de su verdadero valor.

Los SUPUESTOS HIPOTECARIOS que, según el Sr. Casso, exige nuestro régimen inmobiliario, son los siguientes:

1.º LA SUSTANTIVIDAD DE LA INSCRIPCIÓN en general y en especial, la de la hipoteca, independizando ésta del crédito y de las vicisitudes de éste entre acreedor y deudor, sobre todo en el momento de la ejecución de la acción real. Dice que es conveniente introducir en nuestro régimen inmobiliario las hipotecas modernas de *Tráfico e Independiente*, como formas de inversión capitalista.

2.º EL RANGO FIJO, que puede tener su efectividad mediante la hipoteca de propietario, que puede quedar viva en el Registro sin merma del principio de prioridad, mediante una nota de conversión a favor del propietario, que supone para éste una expectativa negociable. El rango progresivo de nuestra actual legislación debe suprimirse, porque supone para los segundos o posteriores acreedores un enriquecimiento sin causa.

3.º LA CÉDULA HIPOTECARIA, para que sea en el crédito territorial lo que la letra de cambio en el crédito mobiliario. Se refiere a la cédula que en Alemania se expide por el Registrador en las hipotecas de tráfico (si no se pacta lo contrario) y en las hipotecas independientes, y en este caso la cédula puede ser al portador y también a favor del mismo propietario.

4.º LA VALORACIÓN DE LAS FINCAS para que, en caso de hipoteca, haya una exacta correspondencia entre el valor de la finca hipotecada y la hipoteca, a fin de que una valoración cierta sirva de atracción segura del capital a la inversión hipotecaria; siendo preferible una tasación oficial al aprecio libre y privado, habiéndose de tener en cuenta para la tasación el valor-renta y el valor-capital, atendiendo al promedio de ambos.

5.º UN PROCEDIMIENTO EJECUTIVO RÁPIDO y sencillo, suprimiendo los requerimientos al deudor y a los terceros poseedores, bastando una simple notificación, con la debida publicidad, como requisito previo a la subasta.

6.º UN FUNCIONAMIENTO REGISTRAL BARATO en su triple proceso notarial, fiscal y registral.

Agradeceríamos eternamente al Sr. Casso que, siendo actual Director de los Registros y del Notariado, hiciera como tal cuanto pudiese para llevar a la vigencia, mediante una reforma de la ley Hipotecaria, la hermosa doctrina que expuso en la aludida conferencia.

Hoy, en nuestro nuevo régimen, tiene la propiedad inmueble un marcado interés social, reconociéndose a la vez la iniciativa privada como fuente fecunda de la vida económica de la Nación; o sea, que el régimen Nacionalsindicalista admite y reconoce y fomenta la iniciativa individual mediante el supuesto necesario de la propiedad privada, como medio más eficaz para que la economía nacional progrese y prospere al objeto de que se eleve el nivel medio de vida de la Comunidad española, o sea, que el individuo puede y debe producir cada

vez más para aumentar su riqueza privada, pero siempre que este aumento de riqueza privada redunde a la vez en aumento y no en perjuicio del interés general, y así, el Estado prohíbe las competencias desleales en el campo de la producción (que tanto abundaban en el régimen liberal, en las que el fuerte vencía al débil) y las actividades que dificulten el establecimiento y desarrollo de la economía nacional, quedando todos los factores que en la producción intervienen (y el inmueble es uno de los principales factores) subordinados al supremo interés de la Nación (base XI del Fuero del Trabajo).

La base XII del Fuero, inspirado en el Punto 13 de la Falange, dice que el Estado reconoce y ampara la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales. Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas, dice, al interés supremo de la Nación, cuyo intérprete es el Estado.

Dice la misma base que el Estado asume la tarea de multiplicar y hacer asequibles a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana. Se refiere a aquella propiedad en que el titular ejerce, como diría José Antonio, una proyección directa sobre sus cosas, que son el objeto de su legítima propiedad, la casa en que se vive, la heredad que se cultiva directamente.

Es decir, que en el nuevo Estado, respecto al dinamismo de la propiedad inmueble, a más de los individuos que directamente contratan y crean relaciones sobre esta propiedad, existe *un tercero interesado*, que es la Comunidad, de la que prescinde el régimen liberal; y, por tanto, si la propiedad inmueble tiene un contenido de carácter social, también la forma de las relaciones jurídicas relativas a la misma habrán de tener tal carácter de interés público, y así, si bien para las partes, en el régimen liberal, sería bastante, aunque imperfecto, el *laisser-faire* jurídico de los arts. 1.278 y 1.279 del Código civil, para la mejor regulación del interés social y para implantar de una vez en España un perfecto régimen inmobiliario, al Estado le incumbe establecer formas precisas y adecuadas al tráfico de la propiedad inmueble; formas determinadas por aquellos sistemas inmobiliarios que la técnica reconoce más perfectos, de manera que las operaciones resulten sencillas y económicas, sin merma de los principios de publicidad, legalidad y especialidad, que son base de la fe registral, la legitimación y la prescripción hipotecaria.

MANUEL VILLARES PICO

Registrador de la Propiedad.

Las disposiciones transitorias de la codificación española (*)

Quinta. "Quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar a regir el Código, pero si continuasen viviendo en la casa y a expensas de sus padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio, hasta el tiempo en que los hijos deberían salir de la patria potestad según la legislación anterior."

Esta disposición contiene un principio general exacto y en un todo contrario al supuesto derecho adquirido de los padres, según Scoevola, según dijimos y negamos al examinar la disposición tercera; y contiene también una excepción, motivada por consideraciones familiares y económicas, más que jurídicas, y muy mal motivada en la Exposición que pretende basarla en una voluntad presunta del hijo.

Es el legislador el que en esta disposición no ha querido aplicar totalmente el principio exacto de su párrafo primero sin que haya tal supuesta voluntad presunta, que en caso de declaración contraria del hijo no podría sostenerse, y el legislador, sin embargo, parece exigir, para la no aplicación del segundo párrafo, no tal declaración, sino el hecho de cesar la convivencia con los padres o de seguir con separación económica; en otro caso, para compensar a los padres por el sostenimiento de los hijos y para no alterar la relación económica paterno-filial, continuará el padre disfrutando los derechos que hubiese en los bienes del hijo, con arreglo al derecho antiguo, en régimen de peculio, aunque tal régimen no pasó como tal al Código.

Sexta. "El padre que voluntariamente hubiese emancipado a su hijo, reservándose algún derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad según la legislación civil anterior."

Esta disposición es igualmente acertada. Aquí la emancipación ha sido otorgada por el padre y condicionada por éste, y los derechos que se hubiese reservado son derechos adquiridos y por ello respetados por la nueva ley, pues de otro modo el acto del padre sería des-

(*) Véase el número anterior.

virtuado, pues actuó siendo determinante de su voluntad y formando parte del contenido de ésta el conservar unos derechos hasta que el hijo emancipado cumpliese veinticinco años y sin desvirtuar su acto, no puede dársele un efecto no querido por el padre, como sería el que los derechos que se hubiese reservado terminasen no al tener el hijo veinticinco, sino al tener veintitrés años.

Séptima. "Los padres, las madres y los abuelos que se hallen ejercitando la curatela de sus descendientes, no podrán retirar las fianzas que tengan constituidas, ni ser obligados a constituir las, si no las hubieran prestado, ni a completarlas si resultan insuficientes las prestadas."

Parece esta disposición un ejemplo de modo de ejercicio adquirido, de que hablamos en la disposición cuarta.

En la disposición sexta se respetaba un derecho adquirido por el padre; en ésta, en la mayoría de los casos, se respeta el adquirido por el sujeto a curatela. La alteración hecha por el Código en el régimen de protección legal, la supresión de la curatela, unificando la protección en las diferentes clases de tutelas, no debe perjudicar el derecho adquirido por el descendiente. Por ello, ante la liberación en ciertos tutores, por consideración al cariño propio del íntimo parentesco con el incapaz, de la obligación de afianzar, no debe aplicarse retroactivamente, es decir, cuando daña a un derecho adquirido por el incapaz.

Este derecho es adquirido por este último por acto propio de su representante, así que la constitución por éste de una fianza implicó el nacimiento de un derecho adquirido en el incapaz y por eso no puede aquél retirarla. Pero este derecho es adquirido sólo por el acto, de tal modo, que si a pesar del derecho a exigirla y del deber de prestarla, ésta no se hubiese constituido, no habría un derecho adquirido y, por lo mismo, no podría ser exigida después del cambio legal.

Creemos, pues, exacta la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en los dos casos dichos, no así en el caso de que habiendo sido constituida la fianza antes del Código, y habiendo, por tanto, un derecho adquirido a dicha garantía por el sujeto a curatela, si la fianza prestada resultare insuficiente, de respetarse el derecho adquirido, debería ser completada. Creemos que el legislador ha eludido esta consecuencia por tres motivos: A) por no aparecer por un hecho posterior, la insuficiencia, concediendo un derecho, aun de complemento, que no concede hoy en general; B) por influencia de su consideración

de la base cuarta del ejercicio del derecho, que actúa haciendo aparecer un derecho adquirido en el que afianzó a seguir ejerciéndolo de igual modo, y C) para evitar el reproche inevitable de que sería hacer de peor condición a aquél que, aunque insuficiente, prestó la debida garantía, frente al que no cumplió su deber de prestarla.

Octava. "Los tutores y curadores nombrados bajo el régimen de la legislación anterior y con sujeción a ella, conservarán su cargo, pero sometiéndose, en cuanto a su ejercicio, a las disposiciones del Código. Esta regla es también aplicable a los poseedores y a los administradores interinos de bienes ajenos, en los casos en que la Ley los establece."

Esta disposición es una aplicación especial de lo dispuesto en la cuarta.

Novena. "Las tutelas y curatelas cuya constitución definitiva esté pendiente de la resolución de los Tribunales, al empezar el Código, se constituirán con arreglo a la legislación anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en la regla que precede."

Décima. "Los Jueces y los Fiscales municipales no procederán de oficio al nombramiento de los Consejos de familia, sino respecto a los menores cuya tutela no estuviese aún definitivamente constituida al empezar a regir el Código.

Cuando el tutor o curador hubiese comenzado ya a ejercer su cargo, no se procederá al nombramiento del Consejo hasta que lo solicite alguna de las personas que deban formar parte de él o el mismo tutor o curador existente, y entretanto quedará en suspenso el nombramiento de protector."

Vemos en esta regla, otra vez señalada, sin desarrollar, la distinción fundada en una mayor o menor consistencia o densidad, llamémosle así, de un derecho, según esté o no y según como esté ejercitado, sin que en la Exposición se explique tampoco qué influencia entendía el legislador que en un derecho haría su ejercicio, pues se limita a dar una razón de oportunidad, para justificar su disposición, alegando que el establecimiento de una institución nueva (en este caso el Consejo de familia, de modelo francés, no como una institución parecida viva en algunas partes) precisaba actuar con prudencia.

En general, tanto la distinción entre derecho ejercitado o no, de que ya indicamos precedentes, en estas reglas sobre protección de incapaces, parecen revelar una influencia en los autores de nuestras disposiciones, de además de los dichos y de Savigny, la de Blondeau, que

distingüía múltiples gradaciones en la que pudiéramos llamar consistencia e impenetrabilidad del estado jurídico y que sobre protección legal, dice: "La administración de los bienes pertenecientes a incapaces, empezadas según la ley antigua, se modificará según la ley nueva a contar de su publicación." (1).

Décimaprimerá. "Los expedientes de adopción, los de emancipación voluntaria y los de dispensa de ley, pendientes ante el Gobierno o los Tribunales, seguirán su curso con arreglo a la legislación anterior, a menos que los padres o solicitantes de la gracia desistan de seguir el procedimiento y prefieran el establecido en el Código."

Esta disposición es un caso especial de aplicación del criterio de la Comisión sobre la parte procesal del Derecho civil que vimos al examinar el párrafo segundo de la disposición cuarta.

Décimasegunda. "Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por tanto, las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada participante en la herencia lo que le corresponda según el Código."

Esta disposición es la aceptación plena y aplicación de la teoría de Savigny en sus dos aspectos: 1.º No hay derecho adquirido a una sucesión hasta la muerte del causante. 2.º La legislación vigente a la muerte del testador, o sea en la segunda temporalia, es la aplicable al fondo o contenido del testamento; éste, por lo tanto, sólo valdrá, en lo que por la nueva Ley se permita, y la reducción consiguiente, en su orden, preferencia y procedimiento, así como las acciones de suplemento pertinentes, se regirán en su alcance y procedimiento por el Derecho vigente en el momento de la muerte del testador.

Como ya tratamos al principio de la disposición décimatercera, damos por terminado este trabajo y descanso al lector benévolos que en él nos haya seguido.

ANTONIO MARÍN MONROY.
Notario.

(1) Blondeau: *Essai sur quelques points de législation et de jurisprudence*, 1850. página 185.

Las recientes variaciones del derecho francés referentes a las sucesiones de los extranjeros residentes en Francia, sobre todo de los españoles

La reglamentación jurídica de la sucesión en bienes de extranjeros residentes en Francia, sobre todo de españoles, ha sido modificada considerablemente, desde el año 1939, por la Jurisprudencia. Desde siempre, el Derecho internacional privado francés en materia de sucesiones se distinguía fundamentalmente del Derecho español. El artículo 10, párrafo 2.º, del Código civil español dispone que las sucesiones de extranjeros se ríjan por su Derecho nacional, no importa si se trata de muebles o de inmuebles (1). En cambio, el artículo 3.º del Código civil francés, que disciplina el ámbito de aplicación del Derecho francés, no contiene ningún precepto sobre tal materia (2). Por ello se discutió, desde hace largo tiempo, de si el Derecho sucesorio constituye un *statutum reale* o *personale*. La primera tesis coincide con la tradición; la segunda se hace eco de las tendencias de ampliar el dominio del Derecho nacional, tendencias propugnadas hacia el final del siglo pasado por la escuela de Mancini y triunfantes en las sendas codificaciones en Italia, Alemania y España.

La Jurisprudencia adoptó una solución intermedia, la que defendió más que medio siglo, pese a la crítica fuerte y sólida. En principio

(1) Artículo 10, párrafo 2.º, C. C. Esp.: "Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la garantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren."

(2) Artículo 3.º C. C. francés, párrafo 1.º: "Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire" Párrafo 2.º: "Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française." Párrafo 3.º: "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français même résidant en pays étranger."

se conservó la tradición; el Derecho sucesorio fué tratado como parte del *statut réel*, lo que sobre todo acarreaba la consecuencia de someter los muebles e inmuebles relictos a derechos diferentes. La sucesión en bienes raíces franceses se juzgó y se juzga en Francia exclusivamente según Derecho francés. Tanto es así, que una sentencia no teme a resolver ciertas cuestiones prejudiciales del Derecho familiar con arreglo al Derecho francés (la validez de un contrato de adopción entre dos extranjeros de idéntica nacionalidad: el *de cuius* y el pretendido *coheredero*) (1). Por el otro lado, el respeto a la *lex rei sitae* va tan lejos, que los Tribunales franceses se niegan de conocer sobre la sucesión en fincas extranjeras (2).

También a los bienes muebles relictos se aplicó como regla la *lex rei sitae*. Mas se fijó tradicionalmente el *situs* de los muebles relictos en el domicilio del *de cuius*. Esta ficción tuvo como consecuencia una importante concesión hecha al imperio de la *lex patriae*. Según el artículo 13 del Código civil francés, los extranjeros podían ser admitidos para adquirir un domicilio, a fin de disfrutar así de diversos derechos cuyo goce no se permitía sin esta condición a estos extranjeros (3). La Jurisprudencia dedujo de esta regla que un extranjero que no poseía esta *admission à domicile*, no tenía en Francia un domicilio legal, sino meramente facticio e insuficiente para hacer aplicable el Derecho francés a su sucesión mobiliar (4).

¿Según qué Derecho se regía la sucesión en los bienes muebles de

(1) 'Cass. Req. 21 -IV-1931, *Pannoucannamallé*, Dalloz, 1931, I, 52; Sirey, 1931, I, 377.

(2) Cass. Civ. 5-VII-1933, *Nagalingampoullé*, Dalloz, 1934, I, 133; Sirey, 1934, I, 337.

(3) Artículo 11 C. C. francés: "L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra" Art. 13: "L'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils."

(4) Así se resolvió en el célebre caso Forgo: Cass. Civ. 5-V-1875, Dalloz, 1875, I, 343; Sirey, 1875, I, 409, en el que la "Cour de cassation" revocó la sentencia de la "Cour d'Appel" de Pau del 11 de marzo de 1874, por haber aplicado erróneamente Derecho francés a la herencia de un bávaro residente en Francia, estatuyendo que el domicilio legal del "de cuius" había estado en Francia. Téngase en cuenta que la "Cour de cassation" emitió su opinión sólo a regañadientes, llegando, mediante la teoría del reenvío en gran escala, a la aplicación de Derecho francés (así, por ejemplo, en el mencionado caso Forgo). V. Cass. Civ. 25-VI-1878, Dalloz, 1879, I, 50; Sirey, 1878, I, 429; y Cass. Req. 22-II-1882, Dalloz, 1882, I, 301; Sirey, 1882, I, 393, donde se establece que el domicilio "de facto" es suficiente con tal que el derecho personal remitiera al derecho del domicilio "de facto".

tal extranjero? La contestación era: no se rige con arreglo al Derecho de su último domicilio antes de su residencia en Francia, sino en virtud del Derecho del *domicile d'origine*, es decir, prácticamente, según la ley personal (1). En otras palabras: un español, por ejemplo, podía vivir en Francia desde hacía años; es más: podía haber nacido en Francia, sin haber vuelto a España, si no poseía una *admission à domicile*, lo que era sumamente raro, su patrimonio mueble reliquo se regía, tanto en Francia como en España, en virtud del Derecho español. Observamos en este caso, en el Derecho internacional privado francés, lo que solemos observar en el Derecho internacional privado inglés: que el concepto ambiguo del domicilio de origen produce una aproximación a aquellos sistemas jurídicos que, como el español, son partidarios del Derecho personal. Con el tiempo, la aproximación se llevó a cabo en forma tal que muchas sentencias ni siquiera mencionaban el domicilio de origen, aplicando sin más ni más a los muebles reliquias el Derecho nacional del *de cuius* (2).

La Ley sobre la nacionalidad francesa del 10 de agosto de 1927 abolió por su artículo 13 el artículo 13 del Código civil francés. Ahora la Jurisprudencia tenía que definirse, si quería profesar y convertirse abiertamente al Derecho nacional; o si quería volver a la tradición. No obstante, más de diez años transcurrían hasta que el problema se planteó ante la *Cour de Cassation* en un caso muy interesante referente a la sucesión de un español que residía en Bayona.

El ciudadano español Jean Labedan había vivido desde su infancia en Francia, donde había fallecido en 1931, sin haber adquirido jamás una *admission à domicile*. En su testamento había instituido heredera universal a su mujer, sin mencionar a su madre, que le sobrevivía, muriéndose unos pocos meses después de su hijo. Su segundo hijo y heredero, Alfred Labedán, entabló demanda pidiendo la anulación del testamento de su hermano Jean, invocando el artículo 814 del Código civil español. En tanto en cuanto su demanda hizo referencia al patrimonio inmueble reliquo, el Tribunal la rechazó en el acto; no habiendo, en efecto, duda ninguna sobre este particular, habida cuenta de la jurisprudencia mencionada. En lo atañedero a los muebles reliquias,

(1) Cass. Civ. 8-III-1909, Grech, Dalloz, 1909, I, 305; Sirey, 1909, I, 65: *Rev. Dr. Int. Priv.*, 1909, 887; Clunet, 1909, 773.

(2) Por ejemplo, Paris, 12-IV-1929. De Marchi della Costa, Dalloz Hebdomadaire, 1929, 385; Sirey, 1930, II, 129; *Rev. Dr. Int. Priv.*, 1930, 126.

el Tribunal Civil de Bayona estimó la demanda el 16 de enero de 1933, alegando dos razones: 1.^a El artículo 814 constituye una regla referente a la capacidad. 2.^a A las cuestiones sucesorias se aplica el Derecho del domicilio, no pudiendo tener los extranjeros en Francia un *domicile légal*. Ambas razones son insostenibles. El artículo 814 no puede calificarse como limitación de la capacidad de obrar; y si representara tal limitación, debería aplicarse también al patrimonio relichto inmueble, aplicación expresamente refutada por el Tribunal, puesto que la competencia de la *lex resitae* no se extiende, según la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, a los problemas de capacidad implicados en los referentes a inmuebles, rigiéndose los primeros más bien con arreglo al Derecho nacional (1).

El segundo argumento, aunque compatible con la letra de la Ley de 1927, que, en efecto, se limita a abolir el artículo 13 del Código civil francés sin estatuir expresamente que desde ahora los extranjeros pueden adquirir un domicilio legal en Francia sin *admission à domicile*, no lo es con el espíritu de tal disposición.

La *Cour d'Appel* de Pau revocó la sentencia del Tribunal de primera instancia en un fallo cuidadosamente fundamentado de 19 de marzo de 1934. El Tribunal *a quo* se había esforzado en soslayar el problema del estatuto sucesorio. La *Cour d'Appel* entra, en cambio, de lleno en tal cuestión, despreciando la fórmula ofrecida por el letrado del demandado de concebir el artículo 814 como precepto formal y de declararle inaplicable a un testamento otorgado en Francia según el principio *locus regit actum*. La *Cour d'Appel* declara el testamento válido, ya que el estatuto de muebles relictos se rige por el Derecho del domicilio del *de cuius* como sede ficticia de los muebles, existiendo el domicilio desde la Ley de 1927 aun para un extranjero en Francia, con tal que se cumplan los requisitos generales del domicilio francés, o sea con tal que el extranjero tenga su *principal établissement* en Francia.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación. Como es sabido, todos los asuntos civiles llevados ante la *Cour de Cassation* francesa van primeramente a la *Chambre des Requêtes*, que a base de un informe solo del recurrente, decide si se debe negar la admisión del recurso o si éste debe ser admitido para que la *Chambre Civile* le sustan-

(1) Cass. Civ. 13-IV-1932, asunto del castillo de Chambord, Dalloz, 1932, I, 89; Sirey, 1932, I, 361.

cie y resuelva. En el caso Labedan, la *Chambre des Requêtes* reputó el problema jurídico tan difícil, que remitió los autos a la *Chambre Civile*. Esta dictó su fallo el 19 de junio de 1939 a base de la ponencia del *conseiller* P. Lerebours-Pigeonnier, anterior catedrático de Derecho internacional privado en Rennes, autor de un excelente libro sobre dicha materia, y, en general, uno de los mejores especialistas franceses del Derecho internacional privado, confirmando el fallo de la *Chambre Civile* en todos los extremos el punto de vista de la *Cour d'Appel* (1).

La doctrina celebró unánimemente este retorno a la tradición. Desde que Francia ha llegado a ser país de inmigración, los partidarios del principio nacional pierden terreno de manera constante, haciendo innecesario el retorno al principio del domicilio el rodeo tan odioso a la doctrina por medio del reenvío, rodeo adoptado por la jurisprudencia hasta ahora para someter al Derecho francés al menos las sucesiones de aquellos extranjeros (sobre todo ingleses y norteamericanos) cuyo Derecho personal remitía al Derecho del domicilio francés, sin tener en cuenta si este domicilio se reconoce en Francia como *domicile légal* (2).

También la *Chambre Criminelle* de la *Cour de Cassation* ha aprovechado la primera ocasión para adherirse expresamente a la doctrina de la *Chambre Civile*, tratándose de la sentencia del 4 de junio de 1941 (3). Aquel caso recae sobre el ámbito de las facultades de un albacea (*trustee*) de un americano, fallecido en América a causa de un accidente de automóvil sufrido en Francia, sobre todo sobre su derecho de cobrar el crédito de indemnización contra los responsables del accidente. Aunque en este caso no importaba si se aplicaba el Derecho americano a base de la nacionalidad o del principio del domicilio, la *Cham-*

(1) Las sentencias sobre el caso Labedan han sido publicadas en todas las colecciones de sentencias y en todas las revistas, sobre todo en los dos grandes *Recueils* que se editan por Dalloz y por Sirey: Dalloz, 1939, I, 97; Sirey, 1940, I, 49. La sentencia de la "Cour" de Pau ha sido dictada casi exactamente sesenta años después de la sentencia del mismo Tribunal en el asunto Forgo, que se pronunció en idéntico sentido, pero que en aquel entonces fué revocada.

(2) V., además de la segunda y tercera sentencia en asunto Forgo, mencionadas más arriba, *Cass. Req.* 1-III-1910. Soulié, Dalloz, 1912, I, 262; Sirey, 1913, I, 105. *Rev. Dr. Int. Priv.*, 1910, 870. La más reciente sentencia sobre el reenvío se ha dictado en el curso de un divorcio: *Cass. Req.* 10-V-1939, Birchall, Sirey, 1942, I, 73. *Rev. Crit. Dr. Int.*, 1939, 472. *Nouv. Rev. Dr. Int. Priv.*, 1939, 153.

Cass. crim. 4-VI-1941, Szlapka c. Geffros et Bessin. Dalloz, 1942, I, 4.

bre *Criminelle* repitió casi textualmente la fórmula de la *Chambre Civile*.

Según lo que precede, no habría ya dificultades sino entretanto una nueva modificación de la Ley hubiera puesto en duda el alcance de la mencionada jurisprudencia. Un Decreto del 12 de noviembre de 1938 sobre la situación de los extranjeros dispone en el artículo 1.º que en los casos en los cuales la adquisición, el disfrute o el ejercicio de un derecho dependa del domicilio o de la residencia en Francia, el extranjero debe poseer, además, un permiso de residencia para más de un año. Inmediatamente después de la publicación de este Decreto, los autores de más prestigio reprocharon al mentado artículo su redacción, demasiado amplia y ambigua (1). Tanto más lamentable es la interpretación amplia de este precepto en una sentencia de la *Cour d'Appel* de París del 26 de junio de 1940 (2). En ella se trataba también de una sucesión, girando la contienda, en primer lugar, en torno de la competencia judicial para la adjudicación de la herencia de un rumano a su viuda y única heredera. Se negó la competencia de los Tribunales franceses, puesto que el *de cuius* no había tenido un permiso de residencia de más de un año, y, por ello, ningún domicilio en Francia. Los críticos alegan, con razón, que de este modo una reglamentación políaca estatuida en el interés del Estado francés posee consecuencias graves de Derecho civil opuestas directamente a los intereses de Francia, puesto que no es deseable, desde un punto de vista jurídico-político, que las sucesiones de los numerosos extranjeros en Francia se rijan por Derecho extranjero. La sentencia del 19 de junio de 1938 de la *Cour de Cassation* no aborda la interpretación del Decreto de 1938, pero en una nota en la *Revue Dalloz Périodique*, cuyo autor es el pONENTE de la mencionada sentencia, se defiende la opinión de que el Decreto no repercute en el problema del estatuto sucesorio (3).

De todas maneras, el nuevo desenvolvimiento del Derecho internacional privado francés, en materia de sucesiones, profundiza el abismo frente a los países que, como España, someten la sucesión exclusiva-

(1) V. el artículo del profesor Niboyet "A propos des décrets-lois de 1938 sur les étrangers", *Dalloz Hebdomadaire*, 1939, *Chronique XII*, págs. 45 a 48, *Traité de Droit International Privé*, vol. 2, addendum, París, 1939, pág. 43.

(2) París, 26-VI-1940. V. Luculescu, *Semaine Juridique*, 1941, 1.658, con nota crítica del profesor Jacques Maury.

(3) En *Recueil Dalloz*, 1939, I, 97. Esta nota de Lerebours-Pigeonnière opina en idéntico sentido que el profesor Niboyet, *Sirey*, 1940, I, 49.

mente a la Ley nacional del *de cuius*. Mientras que hasta ahora la diversidad de los ordenamientos jurídicos prácticamente sólo se evidenciaba en el campo del Derecho inmobiliario, donde no posee gran importancia, se patentiza ahora asimismo para la sucesión en bienes muebles. Una sentencia como la referente a Labedán apenas recibiría en España el *exequatur*, según los artículos 951 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil. Por tanto, la viuda de Jean Labedan, en Francia heredera universal de su marido, se expondría, si trasladara su domicilio a España, a la *hereditatis petitio* y los derechos de restitución de su cuñado.

Esta situación es insatisfactoria. No obstante, el único remedio reside en Convenciones internacionales.

E. MEZGER

Docteur en Droit (París)
Dr. Jur. (Berlín)

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 16 de marzo de 1939.

LA DONACIÓN REALIZADA IMPONIENDO AL DONATARIO UN GRAVAMEN INFERIOR AL VALOR DE LOS BIENES DONADOS, HA DE CALIFICARSE COMO TAL DONACIÓN Y LIQUIDARSE LA DIFERENCIA ENTRE ESE VALOR Y ESE GRAVAMEN COMO DONACIÓN Y NO COMO CESIÓN. SI SOBRE LOS BIENES DONADOS PESABAN DETERMINADAS CARGAS Y EL DONATARIO ADQUIERE LA OBLIGACIÓN DE PAGARLAS, SE PRODUCE EL ACTO LIQUIDABLE DE ADJUDICACIÓN PARA PAGO. Y SI EL GRAVAMEN IMPUESTO CONSISTE EN LA CARGA DE UNA PENSIÓN A FAVOR DE LOS DONANTES, SU IMPORTE ES DEDUCIBLE DEL VALOR DE LOS BIENES DONADOS Y SERÁ LIQUIDABLE POR EL MISMO CONCEPTO DE DONACIÓN AL EXTINGUIIRSE LA PENSIÓN.

ANTECEDENTES.—Los padres de D. A. F. le donaron varias fincas, imponiéndole la obligación de pagarles una pensión vitalicia de 24.000 pesetas anuales.

En la escritura de donación no se dice que las fincas estuviesen de antemano afectas a carga alguna; pero sí se hace constar que cualquiera carga que pese sobre ellas será pagada por el donatario.

La Oficina liquidadora giró dos liquidaciones: una por el concepto de pensiones sobre la base resultante de capitalizar la constituida, según la edad del usufructuario, o sea, sobre 96.000 pesetas, y otra sobre la diferencia entre esa cantidad y el valor de los bienes donados por el concepto Cesiones, núm. 14 de la Tarifa. Esto es, que la calificación fué la de constitución de pensión a cambio de cesión de bienes.

La segunda liquidación fué recurrida con fundamento en que el verdadero concepto del acto era el de donación a tenor del art. 619 del Código civil, cuya base consistía en la diferencia entre el gravamen de la pensión y el valor de los bienes donados, y que por lo mismo era de aplicación el art. 29 del Reglamento y liquidable el acto por el tipo de herencia correspondiente.

La reclamación fué desestimada en primera instancia por estimar que, dado que se establecía la compensación de la pensión, el acto era constitutivo no de donación, sino de cesión.

El Tribunal Económico-Administrativo Central antes de resolver acordó, para mejor proveer, pedir a los respectivos Registros de la Propiedad certificación de cargas de las fincas, y de ella resultó que estaban gravadas con varias hipotecas por un montante de más de 118.000 pesetas, y acordó anular la liquidación recurrida y sustituirla por otras dos; una, como donación—herencias—por la diferencia entre el valor de los bienes donados y el importe de las cargas, y otra por el concepto de adjudicación para pago sobre la base del importe de dichas cargas.

COMENTARIOS.—Espezamos por decir que la calificación dada al caso por la Resolución nos parece completamente atinada, tanto en uno como en otro de los dos actos tributarios.

El segundo, de adjudicación para pago, es un acto deducido evidente por analogía con lo dispuesto en los apartados 9º del art. 9º, el 18º del 19 y el 13º del 101. El donatario adquiere la totalidad de los bienes donados, pero no todos en el mismo concepto. Desde el momento en que sobre ellos pesan cargas hipotecarias y que aquél se obliga a pagarlas, claro es que el valor de los bienes equivalente a ellas lo adquiere con tal finalidad, lo cual engendra el acto deducido de adjudicación para pago. En cambio, el resto del valor de los bienes sí pasan al donatario como donación, pero con la obligación de pagar a los donatarios la pensión vitalicia estipulada; y como las cargas representadas por una pensión son deducibles según el concepto que de ellas da el art. 100 del Reglamento en su párrafo 1), en relación con el párrafo 9º del 15, de ahí que de dicho resto haya de deducirse el capital de esa pensión para fijar la base del acto liquidable de donación, sin perjuicio de que al extinguirse la pensión satisfaga el donatario el impuesto, también por el concepto de donación—herencia—, sobre la base del capital de la pensión ahora deducido.

La calificación adoptada por la Oficina liquidadora—cesión a cambio de pensión—estaba, sin duda, adaptada a la letra del apartado 9) del art. 15, que dice que si la pensión se constituye a cambio de cesión de bienes, el cessionario pagador de la pensión satisfará el impuesto a razón del 5 ó del 2,50 por 100, según la clase de bienes que se cedan, pero ese sentido literal no puede prevalecer cuando los interesados contratan a título de donación, siquiera sea onerosa, porque para esta clase de actos el precepto específico es el del art. 29 y no el del 15, y porque además no es de olvidar que la interpretación contraria encerraría perjuicio para el Tesoro siempre que los contratantes fueran extraños, ya que se verían favorecidos en la mayor parte de los casos con un tipo mucho más beneficioso que el de herencia.

Finalmente, la Resolución apunta otra consideración relacionada con el mencionado apartado del art. 15, la cual es la de si cualquier cesión de bienes a cambio de pensión caerá, por pequeña y desproporcionada que la pensión sea con la cuantía de los bienes cedidos, dentro del ámbito de ese apartado. Nosotros creemos, y así lo da a entender claramente el Tribunal, que la cesión onerosa supone una razonable proporción entre las recíprocas prestaciones—valor de los bienes y capital de la pensión—, y que si este criterio no se siguiera, quedaría abierto el camino de par en par al fraude, puesto que se podría dar la forma de cesión a lo que en realidad constituyese una verdadera donación.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de abril de 1939.

LOS BALANCES COMERCIALES DEL NEGOCIO DEL CAUSANTE NO CONSTITUYEN MEDIO ORDINARIO DE COMPROBACIÓN. EL PROCEDIMIENTO EN CASO DE QUIEBRA SUSPENDE LOS PLAZOS DE PRESENTACIÓN, Y MIENTRAS AQUÉL NO ESTÉ TERMINADO, NO DETERMINABLE EL HABER HEREDITARIO.

ANTECEDENTES.—Doña A. C., copartícipe en la casa de Banca "V. e H. de C.", falleció, e iniciada investigación, resultó que la entidad estaba declarada en quiebra después de haberlo estado en suspensión de pagos. La Oficina liquidadora pidió relación detallada de los bienes y de las deudas, justificación de éstas en forma reglamenta-

ria y participación de la causante en el haber social, y al no serle facilitados los datos fijó el caudal relicto en la tercera parte del balance que figuraba en la quiebra, ya que los partícipes en la Banca eran tres, y giró liquidación con la correspondiente multa por investigación.

Recurridas la liquidaciones alegando que mientras no se liquidara la quiebra no era posible saber si había o no herencia, el Tribunal provincial anuló las liquidaciones, pero tuvo por bien formada la base liquidable, porque aunque el pasivo era superior al activo, como las deudas no se justificaban en la forma prevenida en el art. 101 del Reglamento, no pudieron ser deducidas por la Oficina liquidadora.

El Tribunal central anuló el acuerdo en su segunda parte y dejó sin efecto la comprobación, fundado en que el balance no figura entre los medios ordinarios de comprobación previstos en el art. 80 del Reglamento; y en cuanto al fondo estimó que no existían por el momento medios hábiles de saber si existía o no haber líquido social ni, por tanto, caudal hereditario del copartícipe causante, sin perjuicio de continuar la investigación y del resultado definitivo de la quiebra.

En cuanto a la imposición de multa por no presentación en plazo de los documentos, estimó que la promoción del procedimiento de quiebra había dejado en suspenso los plazos por aplicación del artículo 113 del Reglamento.

COMENTARIOS.—Parécenos que la cuestión nació ya descentrada y que en ella se involucraron problemas fuera de razón.

Primeramente, el balance no será medio ordinario de comprobación en general, pero sí lo es para determinar el haber social, y en este caso necesariamente había que partir de él para determinar la participación de la causante en dicho haber social.

Por otra parte, con relación al caudal hereditario o participación social, a nada conduciría invocar el art. 101 para dilucidar si las deudas de la entidad eran deducibles y estaban reglamentariamente justificadas, porque ese artículo no es el aplicable para concertar el pasivo y de éste deducir el activo de una sociedad, ya que, a este respecto, los preceptos exclusivamente aplicables son los del art. 19 y dentro de él los apartados 15), 17) y 18), cuyos preceptos no son compatibles en cuanto al extremo a que aquí nos referimos con los del art. 101.

Por fin, acerca de la cita del art. 113 para deducir la suspensión del plazo de presentación, decimos que nos parece de indudable aplicación al caso.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1942.

CONCEPTO DEL CONTRATO MIXTO DE SUMINISTRO CON ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.

La Sociedad "U. E. de E." presentó instancia a la Oficina liquidadora haciendo constar que había contratado con el Estado, por un plazo de ocho años el suministro de pólvoras y daba, al efecto de la liquidación, las cifras aproximadas del suministro.

La Oficina liquidadora, aplicando el Reglamento entonces vigente, que era el de 1927, giró una liquidación provisional por el concepto "muebles" sobre el valor declarado.

Esta liquidación fué recurrida y durante la tramitación del recurso se elevó el contrato a escritura pública, en la que además de especificarse las características de las pólvoras, las fábricas en que se habían de elaborar, los plazos, forma de entrega y pruebas para la recepción, se estipulaba que el envasado y transporte hasta la estación de destino serían de cuenta de la entidad suministrante.

La reclamante pretendía que el contrato se calificase como suministro con arrendamiento de servicios o con ejecución de obra y que aquél, conforme a la legislación entonces en vigor, fuese liquidado sobre la base de las dos terceras partes del total y la tercera parte restante como arrendamiento o contrato de obras, y además que se liquidase por anualidades como prevenía, y previene hoy también, el artículo 51 del Reglamento.

Tanto el Tribunal provincial como el Central—éste, fundado en que la Sociedad contratante se dedicaba habitualmente a la confeción de productos análogos—, desestimaron la reclamación, y planteada ante la Sala tercera ésta acuerda estimarla y revocar el fallo del Tribunal central.

La Sala entiende que junto con la obligación de suministrar había la prestación de servicios, y aplica el precepto de aquel Reglamento, que decía que si el importe de esos servicios no se determinase se computaría como base del suministro las dos terceras partes de la cantidad presupuestada y la tercera parte restante como base del arrendamiento.

En cuanto al fraccionamiento de las liquidaciones por anualidades, lo aceptó también de acuerdo con lo solicitado.

COMENTARIOS.—Prescindimos de analizar el caso a la luz de la

legislación aplicada, o sea, del Reglamento de 1927, y diremos dos palabras examinándolo conforme a la legislación vigente que, como es sabido, tiene en esta materia, a partir de la Ley del Impuesto de 14 de marzo de 1932, la novedad de regular lo que llama contrato mixto.

A la luz, pues, de esta legislación, el problema consistiría en determinar no ya si el contrato discutido es un contrato mixto, cosa indudable a tenor del concepto que de él dan los arts. 2.^º y 5.^º, respectivamente, de la Ley y del Reglamento, en su número 8.^º, sino en precisar si está comprendido en el apartado 3) o en el 4) del art. 25 del actual Reglamento.

Ambos apartados regulan el contrato mixto, pero, mientras el primero lo sujeta al tipo de liquidación del 1,85, el segundo le impone el de compraventa, sea de inmuebles o de muebles. Y como la diferenciación no está en que el suministro se haga o no con servicios personales, sino en que el contratista o arrendador ponga la totalidad de los materiales y se dedique habitualmente a la confección de obras o productos análogos, y estas dos características se dan en el caso analizado, forzoso nos parece concluir que aplicándole la legislación vigente no se le podría aplicar el tipo de liquidación de 1,85 correspondiente al contrato mixto y que la calificación procedente sería la de transmisión de bienes muebles y el tipo de liquidación el de 2,50 por 100.

En cuanto a la liquidación parcial por anualidades, entendemos que debe serle aplicable, de acuerdo con el art. 51, porque éste al regular estas liquidaciones para los contratos de suministro no distingue, y además porque el contrato mixto no deja de ser sustancialmente de suministro y deben, por lo mismo, serle aplicables esas normas que pudiéramos llamar adjetivas, y en último término porque no sería equitativo que no entregándose por entero ni la cosa ni el precio, se exigiera el impuesto en su totalidad, y porque por analogía así se desprende del último apartado del expresado art. 51.

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de febrero de 1942.

CALIFICACIÓN DE UNA FUNDACIÓN COMO DE BENEFICENCIA PARTICULAR.

Fallecido D. A. B., dispuso que se invirtieran sus bienes en la fundación, en su pueblo y en una casa suya, de una comunidad de Tra-

penses que se dedicase a la enseñanza agrícola, destinando el sobrante de sus bienes para sostener la comunidad y Escuela, en la que se admitiría un número de alumnos proporcionado a los recursos, prefiriendo a los pobres de solemnidad, cuya fundación fué calificada de beneficencia en la correspondiente Orden ministerial.

Posteriormente el patrono-administrador de la fundación, que se tituló "Granja Agrícola Quirós", al amparo del art. 193 del Reglamento de Derechos Reales pidió que la institución se declarase exenta del impuesto de personas jurídicas.

Desestimada la pretensión, el Tribunal Supremo revoca el acuerdo, el cual se fundaba en que la fundación no realiza fines benéficos en el estricto sentido de satisfacer permanentemente necesidades intelectuales o físicas, que es la característica exigida por el art. 2.^o del Decreto de 1899 y en que la beneficencia, a los efectos de la exención, ha de ser socorro al desvalido y asilo al desamparado, cuyas condiciones no se dan en la fundación de que se trata, aunque constituya una eminente obra social.

La Sala sienta primeramente que de las condiciones exigidas por el art. 44 de la Ley del Impuesto, no se pone en duda que los bienes de la fundación se hallen adscritos de una manera directa e inmediata, sin interposición de personas a la realización de sus fines y que en ellos se empleen directamente los bienes o sus rentas, sino que se desconoce solamente la finalidad benéfica de la institución.

Añade después que no es discutible el carácter benéfico de la institución una vez que así quedó definido al clasificarla el Ministerio de la Gobernación, ni puede desconocerse que, aparte de constituir una eminente obra social como afirma la Orden recurrida, es una institución permanente que satisface gratuitamente necesidades intelectuales y físicas, o sean las dos condiciones que alternativamente exige el Real decreto citado, puesto que atiende, por voluntad expresa del fundador, "a la enseñanza agrícola con arreglo a los adelantos modernos aplicables a la zona del norte de España" y al sostenimiento de una escuela gratuita con admisión gratuita del número de alumnos internos proporcionado a los recursos del Establecimiento, prefiriendo a los pobres de solemnidad y de buena conducta, los que, por tanto, reciben asilo, instrucción y alimentos en el más amplio sentido del concepto, por lo que en el supuesto de que fuese admisible la distinción entre sentido lato y estricto de la beneficencia, que la resolución

recurrida establece, serían manifiestamente infundadas las razones de la negativa.

Además, aunque la clasificación como de beneficencia no prejuzga ni lleva implícita la exención del impuesto, es innegable que en debido acatamiento al mandato de la ley, habrá de acordarse la exención siempre que concurran las circunstancias que ella requiere para su otorgamiento, y como ellas han sido implícitamente reconocidas por la Administración al no oponerles reparo y tan sólo ha desconocido el carácter benéfico con razonamientos manifiestamente inconsistentes, la Orden impugnada carece de base y debe revocarse.

Como se ve—diremos nosotros por vía de comentario—, el asunto era tan claro, que causa extrañeza que hubiera podido plantearse, ni aun esgrimiendo el criterio más literalista.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL

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

Más sobre el artículo 30 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales y la colación hereditaria

En el número de esta Revista correspondiente al mes de mayo pasado aparecieron unas sin pretensiones líneas más acerca de un caso de liquidación de derechos reales en que entraban en juego el art. 30 del Reglamento del Impuesto y la doctrina civil de la colación, y en las que llegaba a una conclusión que la relevante figura en materia de impuesto y destacado Abogado del Estado D. José María Rodríguez Villamil me ha hecho el honor de comentar y apostillar en un estudio analítico aparecido en el número correspondiente al mes de julio de esta Revista.

No con ánimo de polémica, y sí con el firme propósito de hacer punto final en este tema, van hoy estas otras líneas, tratando de reforzar nuestra primera posición, de la que, y dicho sea sinceramente con todo el respeto que merece una opinión del Sr. Rodríguez Villamil en materia de impuesto, no me han hecho variar sus argumentos.

Centra y estudia el problema el documentado articulista, basándose exclusivamente en la indestructibilidad de la "atadura parental", y lo resuelve en consonancia con las premisas sentadas por el art. 29 del Reglamento, achacándonos como audacia de más bulto el tener que recurrir a montar el trampolín de la confusión de estos dos conceptos, "extraño en cuanto a la sucesión del padre", como consecuencia de la repudiación de la herencia y "extraño en el parentesco", para desde él poder lanzar la solución preconizada, solución que, por otra parte, le parece aventurada civil y fiscalmente.

Ya dije en mi primer artículo, y repito ahora, que no teniendo delante más que el art. 29, quizá no sea defendible en puridad de doctrina (entiéndase derecho constituido); pero desde el punto de vista de equidad, jurídico y fiscal, me parece ser perfectamente viable y no aventurada.

Esa confusión de conceptos a que alude el Sr. Rodríguez Villamil la vamos a ver amparada por la misma Ley, Código civil. Lo único que no hay manera de romper es la ligadura parental; pero ¡ah! es que si esto se pudiera conseguir, no habría entonces ya por qué pensar en el problema ni encauzar nuestra solución hacia el derecho constituyente, pues entonces el mismo constituido la ofrecería fácil.

En las últimas líneas de su estudio reconoce el Sr. Rodríguez Villamil una nueva posición jurídica en el hijo renunciante, una vez verificada la renuncia; pero niega, en cambio, que surja una también nueva relación tributaria. Para él, la relación jurídica que nació de la escritura de donación provocó una relación tributaria, y es esta misma relación tributaria la que domina, corona y condiciona la nueva posición jurídica distinta de la primera. Es decir, que de dos posiciones jurídicas distintas saca una misma conclusión tributaria.

Esto es lo que parece deducirse del último párrafo de su artículo, y es lo que no vemos claro, entendiendo que cada relación jurídica distinta a las demás, debe llevar consigo también una consecuencia tributaria diferente, pues no podemos perder de vista que el de Derechos reales es un impuesto esencialmente jurídico, y a cada relación jurídica debe corresponder su correlativa relación tributaria. Esto sentado, vamos a tratar de justificarlo.

Que se origine una nueva situación jurídica en el renunciante provocada por la renuncia, ya queda admitido; pero insistimos. Las donaciones hechas a extraños (no parientes) se imputan al tercio libre, y a ese mismo tercio libre se imputan también las del hijo renunciante. Permanece inalterable el parentesco entre donante y donatario, de acuerdo; pero entonces, ¿cómo la Ley se atreve a llevar al tercio libre para compulsar su oficiosidad lo que lógicamente pertenece a la legítima? El anticipo de legítima recibido puede incluso ser mayor que la parte de legítima que en sus días recibían sus hermanos, y ¿por qué no se ha de compulsar con ella, para el ejercicio por parte de aquéllos, de la "actio ad supplementum", y no que, por el contrario, se desliga al renunciante de los mismos y se le lleva y se le encasilla en un cuadro de bienes de la herencia, que es precisamente el mismo donde han de ir y encasillarse los que por la voluntad del testador reciban gentes no relacionadas con él por ninguna relación parental?

Es la Ley la que equipara estos dos conceptos a que aludía el señor Rodríguez Villamil, "extraño respecto a la sucesión de su padre"

(hijo renunciante), y extraño en el parentesco (no pariente), pues que les unifica en una misma porción hereditaria. ¿Cómo habría de llevar si no un anticipo de legítima al tercio libre?

La confusión, por tanto, que se nos achacaba de los dos conceptos, la acabamos de ver amparada, si se nos permite la expresión, en la misma Ley.

¿Cambia con esto la posición jurídica del hijo en la sucesión del padre? Si no renuncia a la herencia, lo que de él recibió se llama y es *legítima*, suponiendo, claro, que quepa, dentro de ella y en el peor de los casos, a la parte que no excede; si, por el contrario, renuncia, se llama y es *donación a extraño*, aplicándose en uno y otro caso a distinta parte de la herencia. En el primer caso, es un heredero *legitimario*; en el segundo, *no es tal heredero*, condición que pudo tener in potencia antes de abrirse la sucesión; pero que con la renuncia, no digamos que eliminó, porque esto presupondría que ya antes la tuviera en efectividad, y esto no es así, pero sí dificultó que surgiera, convirtiéndose por ministerio de la Ley en un heredero voluntario. Esto, indudablemente, es cambiar de posición jurídica.

¿Cambiará también la posición fiscal? Si la Ley señala tipos distintos a quien recibe una cosa en concepto de heredero forzoso (*legitimario*) y a quien la recibe en concepto de *extraño*, ya queda contestada la pregunta. Pero se nos dirá: es que cuando el hijo renunciante recibió y aceptó el anticipo de legítima, lo hizo como presunto heredero *legitimario*; muy bien, decimos nosotros, y precisamente basada en esa presunción, la Ley le señala los tipos del núm. 29 de la Tarifa en relación al parentesco de padre a hijo. ¿Pero llegó aquél a ser tal heredero? No. Al recibir y aceptar el anticipo de legítima, nació una relación tributaria que respondía a esa misma relación jurídica; pero esa relación jurídica no nació firme en el sentido de intangible para lo futuro, y buena prueba de ello es que *velis nolis*, ha de someterse a la compulsación de su oficiosidad o inoficiosidad. Nació, pues, subordinada a la definitiva actitud del heredero al abrirse la sucesión, que con una u otra resolución puede hacerla variar, y si pues puede hacerla desembocar en uno de estos dos extremos, *legítima*, *legado*, pregunto: al cristalizarla, aunque sea por un acto voluntario, en uno distinto del en que nació, ¿no arrastra también al cambio, a la relación tributaria nacida al amparo de esa relación jurídica, que queda des-

plazada por otra? ¿Por qué el efecto, relación tributaria, no ha de seguir el mismo camino que la causa, relación jurídica?

El Impuesto de Derechos reales es esencialmente jurídico (art. 41), implicando, como acertadamente dice el Sr. Rodríguez Villamil en sus comentarios a ese artículo en su magnífico libro conocido de todos, una previa calificación jurídica que determine el acto sobre que aquél recae, ¿por qué, entonces, la relación tributaria de una relación jurídica que nació provisional, digamos, susceptible de concretarse definitivamente en dos extremos opuestos, cuando al fin cristaliza en uno de ellos; por qué la relación tributaria no ha de seguir también a esta situación definitiva, si el impuesto es esencialmente jurídico?

Y lo más curioso es que esta correlación se da cuando el heredero acepta la herencia, porque entonces no se le exige el impuesto por el capital que ya pagó (art. 30), haciendo la Ley esta deducción lógica: pagó como anticipo de legítima y como en definitiva aceptando la herencia la porción recibida toma ese carácter de legítima, no hay razón para volver a exigirle el pago. ¿Qué motivo hay entonces para romper el equilibrio entre las relaciones jurídica y tributaria cuando el heredero renuncia? Si la Ley equipara al renunciante al extraño (no pariente), ¿por qué la relación tributaria no ha de seguir también a la nueva jurídica y en definitiva satisfacer el impuesto completando hasta el tipo de los no parientes?

Yo no encuentro más obstáculo, y ya lo decía en mi primer artículo, que la prosa fría del art. 29, y por eso apuntaba que a la vista del derecho constituido, quizá no fuera defendible en puridad de doctrina; pero, y dicho sea salvando la muy autorizada opinión del señor Rodríguez Villamil, desde el punto de vista jurídico y fiscal, cambio de relación jurídica que arrastra al cambio a la tributaria, y no digamos desde el punto de vista de equidad, no me parece tan aventurada:

Lo que no se nos antoja, en cambio, tan admisible es el argumento final de que se vale nuestro ilustre apóstillador para rechazar nuestra argumentación anterior, "puesto que—dice—ese cambio y esa nueva posición jurídica en nada afectan, tributariamente al menos, a la relación jurídica y tributaria que nació de la escritura de donación y que gira exclusivamente en función a la cuantía de los bienes donados y del parentesco entre donante y donatario". Esto estaría bien si la primera relación jurídica hubiese sido ya definitiva, intangible dijimos antes, y en consecuencia desligada por completo de la se-

gunda, entonces en nada se afectarían una a la otra porque eran diversas. Pero no es este el caso, pues que la nueva está intimamente relacionada con la anterior, es su lógica continuación (porque aquella no era meta) su ulterior desarrollo, en fin, su estructuración definitiva. Y en este caso ¿no va a verse afectada la primera? ¿Le sería indiferente a un contratista que ajustó una obra con un plano determinado y un precio, que se introdujera una variación en dicho plano y al final, con la autorización del propietario, se terminara con seis habitaciones más de las previstas, por ejemplo? Buen cuidado tendría de pedir un aumento de dicho precio. Pues llamando contratista al Estado y dueño al heredero, tenemos el mismo caso; el plano y el precio son aquí la condición de heredero legítimo y los tipos del núm. 29 de la Tarifa; la variación del plano, la nueva relación jurídica creada por la renuncia, y el nuevo tipo del precio, los del núm. 38 de la Tarifa.

Lo que no tendría tanta explicación es la hipótesis contraria, esto es, que la relación jurídica y tributaria nacida de la escritura de donación, siendo ella, permítasenos, como a manera de provisional, susceptible de un doble desenlace, fuera a imperar, afectar y condicionar a aquella otra no diversa a ella, sino indudable desarrollo de la misma en la que se concreta ya la primera de una manera definitiva y acabada.

Un antecedente no del caso concreto, pero sí de la teoría, lo encontramos en el art. 104 de la Ley de Reforma Tributaria, que en el texto refundido del Reglamento del Impuesto pasó a ser párrafo 2.º del artículo 9.º, cuando dice: "Las transmisiones onerosas de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos, otorgadas por los padres a favor de los hijos, se liquidarán por el tipo de la compraventa de inmuebles, salvo que, dado el valor comprobado de lo transmitido, al tipo correspondiente a la escala de herencias, fuere mayor, en cuyo caso se aplicará este último". Es decir, que la Ley que tiene señalado un tipo rígido para las transmisiones onerosas de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos, no encuentra inconveniente en variarlo, elevándolo cuando prevé que posibles especuladores, acogiéndose al tipo de la compraventa, pudieran bonitamente eludir el pago de lo que en su día habrían de satisfacer como herencia y por sus escalas correspondientes, más elevadas que el tipo de la compraventa.

Y esta variación de la relación tributaria ordinaria o normal (5 por 100) de una relación jurídica (compraventa), la establece la Ley aun sin operarse mutación en esta última, pues jurídicamente siempre será una compraventa, cualquiera que sea su valor comprobado, y fundándose, pues, en un criterio exclusivamente fiscal. Entonces, ¿por qué no admitir también la teoría en el caso concreto que nos ocupa, en el que para mayor facilidad de solución favorable se da incluso la variación en la relación jurídica?

En definitiva y concretando, me atrevo a cerrar el interrogante con que terminaba mi primer artículo propugnando que razones civiles (de derecho constituido), de equidad y fiscales (de derecho constituyente), aconsejan sea completada en la forma que se preconiza nuestra legislación del Impuesto de Derechos Reales, ciertamente una de las más técnicas y meditadas de las hoy en vigor.

GERMÁN DELGADO JARILLO
Registrador de la Propiedad.

VARIA

JACQUES BERNARD HERZOG: *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne* (Essai sur les conditions de création du Doit par la Jurisdiction de Cassation), Toulouse, 1942, pág. 500.

El libro que tenemos a la vista acaba de publicarse en la "Biblioteca del Instituto de Derecho Comparado de Toulouse", cuyo director es Jacques Maury, bien conocido de nuestros lectores, tanto por sus propias obras (*Revista Crítica*, 1940, págs. 289 a 300), como por las de sus discípulos (*Revista Crítica*, 1941, págs. 712 a 715).

El estudio del Sr. Herzog trata de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español como fuente de Derecho, constituyendo así una contribución a la teoría de las fuentes del Derecho, la que en su aspecto filosófico no entra en la órbita de las investigaciones herzogianas.

El primer libro aborda la jurisprudencia en el desarrollo histórico del Derecho español. El "Fuero d'albedrio" o "Fuero de las fazañas", hacia el final del siglo X, es el primer documento legislativo español que permite a los Jueces sentar doctrina libremente. La finalidad de sus disposiciones consistía en liberar a los jueces castellanos de su sumisión al Fuero Juzgo, cuyos ejemplares llegaron a ser quemados por los castellanos en Burgos. Los jueces juzgaron "ex aequo et bono". Las Siete Partidas (1256 a 1265) conceden a los jueces facultades interpretativas muy amplias: "Entenderse deben las leyes bien e derechamente, tomando siempre verdadero entendimiento dellas a la mas sana parte y mas provechosa, segundo las palabras que y fueren puestas, e por esta razon no se deben escribir por abreviaturas mas por palabras cumplidas: e por ende dixieron les sabios, que el saber de las leyes no es tan solamente en aprender a decorar la letra dellas mas el verdadero entendimiento de ellas" (Partida I, Título 1.º, Ley 13). La importancia de la jurisprudencia se revela en las "Leyes del Estilo" (siglo XIV), atribuidas a Oldrado de Ponte, que contiene jurisprudencia interpretativa del "Fuero Real" (1255). Los derechos forales brindan asimismo interesantes pruebas de la trascendencia de la actividad

jurisprudencial. La Constitución de 1251, redactada por las Cortes de Barcelona a instancia de Jaime, I, manda a los jueces aplicar, en primer lugar, los "usatjes"; en segundo lugar, las costumbres del lugar; y, en tercer lugar, el sentido natural ("seny natural"). La jurisprudencia introdujo en el Derecho catalán el Derecho romano y canónico. El Código de Huesca, obra del obispo de Huesca, Vidal de Cannellas, contiene en su preámbulo una disposición análoga a la dada por la Constitución catalana de 1251: "Ubi autem dicti fori non sufficerint ad naturalem sensum vel aequitatem recurrat". El autor describe a continuación la historia del Tribunal Supremo, cuyos antecedentes deben buscarse en el Consejo de Castilla, creado en 1385 por Juan I en las Cortes de Valladolid bajo el nombre de "Consejo Real". El Tribunal Supremo fué creado en 1812 por el art. 261 de la Constitución de Cádiz. Al principio no solía motivar sus fallos. La motivación de los fallos es la obra de la Revolución francesa. Las leyes de la Asamblea Constituyente del 16-24 de agosto de 1790 y del 27 de noviembre al 1.^o de diciembre de 1790 son las primeras leyes modernas que obligan a los jueces a publicar los motivos de sus fallos. En España, en 1830 la Ley del Procedimiento comercial obligó a los Tribunales de Comercio de 1.^ª instancia a fundamentar sus fallos. El Decreto del 4 de noviembre de 1838 obligó al Tribunal Supremo, al reorganizar el recurso de nulidad, a motivar sus fallos de anulación o de desestimación de aquélla. La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 generaliza dicha obligación para la jurisdicción civil, y un Decreto de 1859 hace lo mismo para los Tribunales de Comercio. Herzog expone detalladamente los casos y la forma en que las sentencias se publican. El ya citado Decreto de 1838 introduce en el Derecho español el concepto de "doctrina legal". El Tribunal Supremo estima al principio que doctrina legal es idéntica a jurisprudencia, eliminando de esta suerte la doctrina científica. Luego el Tribunal Supremo restringe la jurisprudencia apta a formar doctrina legal a la del Tribunal Supremo, concretando finalmente el número necesario y suficiente a tal efecto a dos sentencias coincidentes del Tribunal Supremo.

El segundo libro analiza la noción "doctrina legal". La doctrina legal no crea sólo una regla de conducta subjetiva para los jueces, sino una regla del Derecho objetivo: Este hecho parece en contradicción tanto con el principio constitucional de la separación de poderes, puesto que parece que el juez invade la esfera de la legislación, como con

el art. 6.^o, párrafo 2.^o del Código civil, que, como es sabido, limita las fuentes de derecho a tres: ley, costumbre, principios de derecho. Herzog reproduce los diferentes intentos de la doctrina y de la jurisprudencia de eliminar estas dificultades. El autor conoce la más moderna bibliografía española acerca de esta materia: la conferencia de Castán sobre las orientaciones modernas en materia de fuentes de Derecho privado positivo (*Revista Crítica*, 1941, págs. 123 a 127). Luego Herzog compara el concepto anglosajón del precedente con el alemán de la jurisprudencia constante y con el concepto hispánico de la doctrina legal.

El tercer libro estudia la unidad orgánica del Tribunal Supremo: su unidad externa (amenazada durante cierto tiempo por el Tribunal de Casación de Cataluña), su unidad funcional y su unidad interna (sistema de una Sala o sesión plenaria de las Salas reunidas, etc.).

El último libro de la obra de Herzog se ocupa del recurso de casación, tanto de su aspecto procedural como de su contenido.

La monografía del Sr. Herzog servirá a los *lectores no españoles* como fuente de información respecto al Derecho español y contribución al Derecho comparado. En este aspecto, el autor merece toda clase de elogios: la exposición del Derecho español es documentada y luminosa. Los *lectores españoles* hallarán en la obra que tenemos a la vista interesantes alusiones al Derecho anglosajón, francés y alemán. Además, se encuentran con una valiosa monografía acerca del Tribunal Supremo, la que seguramente será tomada en cuenta por los dos manuales de Derecho procesal que actualmente están en vía de publicarse. Pensamos en los estudios de Prieto Castro y Manuel de La Plaza. Finalmente, el docto y erudito trabajo de Herzog estimulará—lo esperamos así—a los juristas españoles a elaborar una teoría jurídico-filosófica de la doctrina legal, la cual, hasta ahora, según un reproche de Herzog (pág. 131), carece de originalidad.

Las leyes de la naturaleza contienen normas de imposible infracción y necesario cumplimiento; las leyes jurídicas están formadas por normas de posible infracción y posible cumplimiento; las leyes morales albergan normas de necesaria infracción e imposible cumplimiento total, aunque sí de posible acercamiento. Ahora bien; enfocando las normas jurídicas, el problema consiste en saber: ¿qué condiciones deben reunir para ser válidas? Ya vimos que *el cumplimiento debe ser posible*. Si una ley prescribe, por ejemplo, la asistencia forzosa a la

enseñanza y en aquél país no existen colegios en muchas poblaciones, la ley es provisionalmente nula, puesto que no puede ser cumplida. Sin embargo, no basta que el cumplimiento sea meramente posible. *Hace falta, además, que la ley se cumpla efectivamente en cierto número de casos.* He aquí la razón de ser de la concepción del Derecho como ordenamiento concreto de la realidad en el sentido de Carl Schmitt ("Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens", Hamburg, 1934), concepción que en el fondo ya palpita en la teoría de la idea-fuerza de Fouillée, aplicada al Derecho por el mismo Fouillée ("Moral de las ideas-fuerzas", Madrid, 1908, tomo II, páginas 182 y sigs.) y por otros autores como, por ejemplo, por Jean Cruet ("La vie du droit et l'impuissance des lois", Paris, Flammarion, 1908, pág. 266) (1). En efecto, el Derecho no es un mero conjunto de normas. Si ello fuera así, no supiéramos distinguir una ley vigente de un mero proyecto o de una ley ya derogada. El Derecho es un conjunto de normas que suele aplicarse. He aquí la importancia de la lucha por el Derecho pregonada por Ihering: no se lucha por la imposición, sino por la existencia del Derecho. Pero tampoco es una realidad ordenada, puesto que en esta hipótesis no se comprende la actividad del juez ni la aplicación de Derecho extranjero. La teoría normativista, atribuída por muchos a Kelsen, es adialéctica y disocia la norma de su campo de aplicación. La doctrina de la ordenación concreta, en cambio, es estática y petrifica la norma en el momento de su realización. En realidad, el Derecho requiere una concepción dialéctica que hace justicia tanto al elemento normativo como al elemento real. De este punto de vista deducimos la consecuencia que una disposición legal que prohíbe la derogación de la ley por costumbre "contra legem" es nula, puesto que se pone en oposición con la esencia misma del Derecho, que consiste en la aplicación numerosa de una norma (2). Pero de estos principios desprédense también otras consecuencias. Las verdaderas fuentes del Derecho las hemos de hallar en el Derecho consuetudinario y en la jurisprudencia, ya que ambas instituciones crean normas que suelen ser aplicadas. La ley como conjunto de normas promulgadas constituye, en cambio, una mera fase prepa-

(1) V. también C. Gray, *Il Diritto como idea forza* (Tutín, 1924).

(2) También es nula, por causas análogas, la prohibición de interpretar la ley. Véase el discurso inaugural del Año judicial del 15 de septiembre de 1942, de Clemente de Diego y el criterio del juríconsulito valenciano Crespí de Valldaura en el indicado sentido.

ratoria del Derecho, puesto que la ley puede quedarse "letra muerta" y sólo la ley que se aplica es Derecho.

ARTURO TABERA (C. M. F.): *La definición de "furtum" en las Etimologías de San Isidoro.*

El reverendo padre español Arturo Tabera, cuya erudición y trabajos tuvimos ocasión de apreciar por haber sido encargado de revisar la traducción del nuevo Código civil italiano y haber permanecido en Madrid varios meses, ha publicado en *Studia et Documenta Historiae et Juris* un trabajo sobre la definición de *furtum* en el capítulo XXVI, libro V de las Etimologías de San Isidoro. "Furtum est rei alienæ clandestina contractatio; à furvo, id est fusco vocatum quia in obscurō fit." Es decir, que la sustracción o el apoderamiento clandestino de cosas ajenas se llama *furtum* porque se realiza en la oscuridad (*furvus* = negro) o, como se indica en otro lugar, "utilizando la noche". Tanto esta palabra como su paralela *pervasio* (desposesión o apropiación de muebles e inmuebles) fueron tomadas de algún manual jurídico compuesto en España, según la opinión de Kübler, entre la publicación del Código teodosiano y el justiniano.

Respecto a la *pervasio*, está clara su derivación de la terminología y doctrina teodosianas sobre *invasiones* violentas de la propiedad ajena, y comprende también la *rapiña*. Pero en cuanto a las definiciones y etimología del *furtum*, Huvelin sospecha que pasaron de las obras de Varrón, por intermedio de los gramáticos, al libro de San Isidoro.

El autor señala la siguiente marcha: de Varrón a Labeon-Paulo (D. 47, 2, 1 pr.), después al manual español, y, por último, a San Isidoro. Las diferencias entre éste y Paulo pueden atribuirse a los compiladores de Justiniano.

JOSÉ ANTONIO UBIERNA: *Régimen legal español de la moneda extranjera*. Madrid, Reus, 1942.

El asesor jurídico del Instituto Español de Moneda Extranjera, con un conocimiento perfecto del problema y una confianza ilimitada en el porvenir económico de España, ha emprendido el estudio de nuestro sistema monetario y de los cambios internacionales con indiscutible originalidad y oportunismo.

Aunque parece haber enfocado preferentemente la situación de la

moneda en el extranjero, la obligatoriedad en que estamos de ceder los valores extranjeros al Estado nacional, los cambios internacionales y las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las normas, desenvuelve en sendos capítulos las siguientes materias:

- I.—Régimen monetario.
- II.—Moneda y efectos extranjeros.
- III.—Obligatoriedad de la cesión de valores al Estado español.
- IV.—De los valores depositados en el Instituto Español de Moneda extranjera.
- V.—De los cambios internacionales.
- VI.—Convenios de pagos entre España y otras naciones.
- VII.—De las cuentas corrientes y bloqueadas.
- VIII.—Del seguro de cambio y otras operaciones.
- IX.—De las responsabilidades.
- X.—Régimen procesal.
- XI.—Instituto Español de Moneda Extranjera.
- XII.—Legislación extranjera.
- XIII.—Formularios.
- XIV.—Bibliografía.
- XV.—Prontuario alfabético de materias.
- XVI.—Índice cronológico de disposiciones legales.

La profundidad de los conocimientos del autor aparece desde el primer momento en la lumínosa *Introducción*, de la que no prescinde, a pesar de las críticas, que no desconoce y apunta, para dar cuenta del plan adoptado, del orden de la exposición, del propósito que le inspira y del fundamento del método empleado.

La obra se impondrá por sí misma a cuantos necesiten exportar o importar mercancías o manejar fondos en el extranjero.

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *El Derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria* (Revista general de Legislación y Jurisprudencia, 1942-2, págs. 137 y siguientes).

Con la precisión, maestría y erudición de siempre vuelve el sabio profesor y magistrado del Tribunal Supremo sobre un tema que ha ocupado en estos últimos meses las columnas de la Prensa profesional, y estudia la interpretación de las disposiciones de última voluntad en

favor de descendientes; los criterios del Derecho histórico patrio; el problema de la representación testamentaria en el Código civil; las anomalías con que ha sido regulado; la representación hereditaria en el nuevo Código civil italiano, la conciencia jurídica actual y las orientaciones y perspectivas en el Derecho español, desde el punto de vista de la política legislativa y de la técnica interpretativa.

Labor meritoria es la de llamar la atención de los juristas sobre los capítulos del Código civil que han de ser objeto de retoques o de reformas trascendentales, y entre ellos los que tienen augurada, por la relativa continuidad e inamovilidad de la familia española, largos siglos de vida.

En la materia estudiada, las dificultades surgen de causas fundamentales y no de meras equivocaciones.

Dediquemos breves palabras a las cuestiones que pudiéramos llamar de técnica estricta y que se condensan en la *naturaleza jurídica* de la misma representación.

Por de pronto, la definición del artículo 924 del Código civil es disparatada, porque los parientes de la persona representada no la *suceden en todos los derechos* que tendría si viviera o hubiera podido heredar, ni necesitan sucederla en ningún caso. La doctrina verdadera es la de que suceden al causante o *postmuerto*, como se desprende de las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1905 y 18 de abril de 1908.

Tampoco haremos más que aludir a las doctrinas de la ficción, sustitución vulgar, presunta subrogación hereditaria, sucesión por estirpes o vocación legal.

Pero sí pondremos de relieve una diferencia entre la sucesión testamentaria y la legítima, que perturba no poco la extensión de los preceptos propios de la segunda a las disposiciones de última voluntad y a los contratos hereditarios.

Sea o no la intención de la ley, al regular la sucesión intestada, la de suplir la voluntad del causante, es lo cierto que procede siempre por llamamientos generales de parentesco, grado o situación familiar, hasta llegar en último término al Estado, mientras el testador enfoca la inmensa mayoría de las veces a personas o individuos concretos, designándolos por sus nombres y apellidos o por sus características. De aquí que la institución de herederos o la ordenación de legados aparezcan, en primer lugar, como hechas *intuitu personæ*, esto es, en consideración

a las mismas personas llamadas y no a otras que ni siquiera se mencionan.

En general, por lo tanto, no se puede conceder a los herederos de los instituidos la facultad de *representarlos* o de colocarse en el lugar que a los mismos corresponde, aunque sean sus herederos forzados.

Bien—se dirá—; pero por razones de familia, piedad y equidad, las leyes han concedido a los hijos del instituido que se hallen ligados con el de *cujus* por vínculos de parentesco lo que a otros se niega, y así ha surgido la representación *ex patre*, cuando el causante sea ascendiente de los llamados *representantes*, y la representación *ex fratre*, cuando se trate de un tío carnal que es heredado por sus hermanos y sobrinos. Como en el primer caso el heredero es *necesario*, se ha creído poder amparar la *aplicación* de la representación a la herencia testada sobre el precepto: "El heredero *voluntario* no transmite ningún derecho", interpretado *a sensu contrario*. Pero el razonamiento no sirve para justificar la representación *ex fratre*, puesto que ni el hermano ni el sobrino son herederos forzados del testador.

La cuestión se complica si separamos la vocación legitimaria de la testada y de la intestada y la herencia a título universal del legado. El heredero forzoso pasa en el momento actual por una crisis que lo desfigura: momentos hay en que parece un legatario; otros, en que sólo puede reclamar una *pars honorum*; otros, en que ni siquiera entra en la herencia, por haber recibido anticipadamente su cuota, y otros en que se coloca por encima de los llamados en la ley y en el testamento. A estas situaciones ambiguas hay que unir las dificultades que en Castilla suscitan las mejoras, las colaciones y la jefatura de la estirpe, que en algunos momentos corresponde al llamado a ciertos bienes (art. 970 del C. c.), y, por otra parte, el derecho de acrecer, la sustitución presunta y la misma sucesión por estirpes en los supuestos de parentesco doble, normal o por una sola línea. La doctrina de la interpretación de últimas voluntades adquirirá en estos momentos un valor excepcional.

Afirma el Sr. Castán que la necesidad de extender el derecho de representación al caso de repudiación de herencia se siente fuertemente en nuestros días, y cita en apoyo de esta tesis el notable trabajo de Santos Cruz, que hemos extractado en el número 152 de REVISTA CRÍTICA, de donde son las siguientes expresiones: "La no representación del renunciante sólo es explicable por razones de orden histórico.

Es una sobrevivencia del principio de que no se representa a las personas vivas, y bien puede hoy ser considerada como una anomalía, una aberración de la ley que repugna a la lógica jurídica, que la equidad y la justicia repelen."

Los razonamientos alegados pecan de exagerados y unilaterales. Normalmente hay que admitir qué si el padre no ha muerto y no es indigno ni incapaz, y se halla al frente de la familia, ha de defender sus intereses y repudiar la herencia solamente cuando le convenga. El trastorno que el régimen de particiones sufriría si fuera necesaria la comparecencia en el Juzgado o la Notaría de todos los nietos o sobrinos, o de sus defensores judiciales, para confirmar los documentos de renuncia otorgados por sus padres; la escasa protección que esto significaría en los casos de existir un haber hereditario de consideración, que el padre podía enajenar al día siguiente, y la posibilidad de que al amparo de las acciones de representación trataran de litigar los descendientes sobre la simulación de las operaciones aprobadas, son argumentos que no pueden olvidarse en un pueblo como el español, que coloca en el primer plano familiar la autoridad del padre.

ERIK WOLF: *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (Grandes juristas de la historia del espíritu alemán) Túbinga, Mohr, 1939; págs. 592.

Erik Wolf es uno de los más destacados penalistas alemanes, cuyas teorías han sido adoptadas en España por el catedrático de Derecho penal Juan del Rosal (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, p. 352). Mencionamos de las obras de Wolf, por ejemplo, "Strafrechtliche Schuldlehre" (tomo I, 1928), "Der Sachbegriff im Strafrecht" (en "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", tomo V), "Die Typen der Tatbestandsmässigkeit" (Breslau, 1931), etc. El libro que tenemos a la vista aspira a esbozar el desarrollo histórico de nuestras concepciones jurídicas, analizando obras y vidas de célebres jurisconsultos. He aquí los nombres que han atraído la atención del catedrático de Friburgo: Eike, Zasius, Schwarzenberg, Oldendorp, Althusius, Conring, Grocio, Pufendorf, Thomasio, Savigny, Feuerbach, Windscheid, Ihering y Gierke.

I. Eike von Repgow vivía en la primera mitad del siglo XIII y es el autor del "Espejo de los sajones" y de la "Crónica sajona del mun-

do". La última es la primera obra histórica en lengua alemana. El "Espejo de los sajones" constituye una codificación creadora del Derecho feudal sajón, y fué escrito para enseñar al pueblo culto sus normas jurídicas. Eike tiene grandes méritos en haber aclarado los problemas acerca de la elección del Rey alemán. En cuanto a las relaciones entre Papado y Emperador, Eike defiende la teoría de su mutua independencia: Dios creó dos espadas para amparar a la cristiandad. Sin embargo, el Emperador está obligado a socorrer al Papa si éste no puede conseguir sus objetivos con los medios espirituales.

II. Ulrico Zasius pertenece al círculo humanista, capitaneado por el famoso Erasmo de Rotterdam. El espíritu renacentista le empuja a buscar el Derecho antiguo en su pureza, depurado de sus adulteraciones medievales. En este sentido, Zasius escribe las siguientes palabras: "Tengo en poca estima la jurisprudencia conforme la enseñan Bártoles, Baldo, etc. Si se deducen de ella los errores, poco queda de bueno. La barbarie estrangula el Derecho auténtico como una enredadera, llegando a sus más profundas raíces. Si los juristas no hubiesen acatado siempre ciegamente las autoridades de las glosas y de Bártoles, el Derecho se nos ofrecería de forma muy clara y pura, y la mayoría de aquellos comentarios asquerosos, rebosantes de errores, desaparecería. Los verdaderos y auténticos intérpretes se esfuerzan en esclarecer las mismas fuentes, explicando de la glosa y de los comentarios sólo lo verdadero y útil, de guisa que la comprensión no se perturbaría por el tifón de tantas eruditas opiniones." Zasius, auténtico humanista, cree que el Derecho romano contiene la "vera ratio". Mencionamos de sus obras "Lucubrations" (1518) e "Intellectus iuris singularis" (1526).

III. Schwarzenberg es el autor de la "Bambergensis", es decir, del Código Penal de Bamberg (1507), que fué el modelo de la célebre "Constitutio Criminalis Carolina". Schwarzenberg, con fino criterio jurídico, busca el logro de la justicia en el caso concreto; así, intenta impedir que el procesado sufra daño por una práctica de prueba insuficiente, limita el campo de aplicación del tormento, y pone al Juez en guardia contra cuestiones capciosas o especiosas. La justicia de Schwarzenberg tiene savia social. Pese a su condena de la sublevación de los campesinos, condena conforme con la opinión de Lutero, Schwarzenberg se dió cabal cuenta de las taras sociales. Por esta razón Schwarzenberg se esfuerza, por ejemplo, en mejorar las

condiciones de los que se encuentran en prisión preventiva. Quien esté herido merece consideración al aplicársele el tormento. Tampoco se debe empeorar el estado de los enfermos por el empleo del tormento. La "Bambergensis" convierte la pena usual de las infanticias, que consistía en enterrarlas vivas, en ahogarlas; disminuye el castigo del hurto famélico, etc. Aún durante la vida de Schwarzenberg, Brandenburgo introduce la "Bambergensis" como ley penal. Cinco años después de su fallecimiento, el Imperio alemán la recoge en la "Constitutio Criminalis Carolina" (1532), código penal que durante más de tres siglos estuvo en vigor.

IV. Oldendorp es el jurista representativo del protestantismo luterano. Oldendorp distingue el Derecho divino y el Derecho humano. El Derecho divino es, o positivo (el decálogo), o Derecho natural ideal. El Derecho humano es también, o positivo (ley y costumbre), o Derecho natural. El Derecho humano natural es muy inferior al Derecho divino natural. El pecado original ha debilitado la capacidad de los hombres, de suerte que resultan incapaces de concebir el verdadero Derecho natural—el divino—, teniendo que contentarse con el sucedáneo del Derecho natural humano. El Estado es una institución necesaria, dado el pecado original, ya que impide con la autoridad la decadencia en mayor y ulterior pecaminosidad. El Derecho humano positivo—"ius"—sufre la corrección de la equidad—"iustitia". La equidad exige, en primer lugar, que los Jueces tengan en cuenta la voluntad divina. Por ende, la equidad representa, en este caso, la repercusión del Derecho natural, divino o humano, sobre el Derecho humano positivo. En segundo lugar, hay que observar lo que dice San Mateo (7, 12): "Así que todas las cosas que quisierais que los hombres hiciesen con vosotros, así también haced vosotros con ellos; porque esta es la ley y los profetas." La tercera regla de la equidad manda tener en cuenta las circunstancias personales, temporales, objetivas y espaciales de cada caso. Sus dos obras principales son: "Elementaria introductio iuris naturae, gentium et civilis" (1539) y "De iure et aequitate" (1541).

V. Althusio es el jurista representativo de la reforma calvinista. Aparte de la influencia religiosa del dictador ginebrino, Althusio experimenta la filosófica del antiaristotélico Pierre de la Ramée. Este Petrus Ramus rechaza el método especulativo, que, según su entender, caracte- riza a Aristóteles, y aboga a favor de un método sensualista e induc-

tivo. Althusio, en su libro "Politica Methodice Digesta, atque exemplis sacris et profanis illustrata" (1603), brinda al mundo el primer intento alemán de una sociología. Althusio, como calvinista que es, cree en la predestinación absoluta de todo acaecimiento. Por ende, se aúnan para él en un maridaje especial lo factio y lo normativo, ya que cualquier acontecimiento constituye a la vez la realización de la voluntad divina. Dios es esencialmente poder, autoridad. Su símilo en la comunidad es la Ley. "Quod Deus est in mundo, Lex est in societate." La justicia se deriva de la Ley; al menos, la Ley es la "ratio cognoscendi" de la justicia. El Estado es un ordenamiento natural (conforme a la doctrina aristotélica) y no un ordenamiento de necesidad (que es lo que enseñaba Lutero y, siguiéndole, Oldendorp). Sin embargo, sólo aquel Estado es auténtico que se inspira en la voluntad divina, como lo eran, por ejemplo, el Estado judío y las comunidades cristianas. En todo Estado existe autoridad, que deduce su validez de la "consociatio" de los individuos. Las comunidades forman una jerarquía. Las sociedades naturales del matrimonio y de la familia constituyen el punto de partida. A continuación nos encontramos con las asociaciones del Derecho privado, las corporaciones y los estamentos. Así llegamos a las "Consociationes publicae": los municipios y provincias. Finalmente, la serie culmina en la "Universalis publica consociatio", o sea el Estado. Erik Wolf descubrió, sobre todo, que aunque Althusio construye el Estado como un contrato de asociación en que los individuos renuncian sus derechos, este contrato, como forma meramente jurídica, descansa en la ley natural de la necesidad de tal asociación y en la voluntad divina que predetermina todo ello; y destaca asimismo que los derechos renunciados no son los derechos abstractos y supraestatales del liberalismo, sino las facultades concretas del hombre como miembro de una comunidad. El Estado abarca la función terrenal y espiritual. Althusio emplea como modelo para semejante doctrina el Estado calvinista en Ginebra. Althusio cree en la soberanía del pueblo, entendiendo por pueblo una entidad corporativamente organizada. Por tanto, él no es un precursor de la Revolución francesa, sino un conservador de las teorías germánicas, hecho que ha sido comprendido por Gierke.

VI. Conring es el fundador de la historia del Derecho alemán. En una de sus obras combate Conring la leyenda de que el Emperador Lothar II. había introducido el "Corpus Iuris Civilis" en Alemania

como Ley.' Conring opina, al contrario, que el Derecho romano invadió Alemania, porque a partir del siglo XV los Jueces alemanes solían estudiar en Italia. El Derecho romano rige, por ende, como "usus fori"; y no tiene mayor dignidad que los usos germánicos. Esta teoría de Conring permite a los juristas tanto la invocación del Derecho romano como la del Derecho patrio, y era, por ello, de gran importancia. Conring publicó también estudios de Derecho político, en los cuales ataca el empleo de principios del Derecho romano en la ciencia del Derecho político. Conring es protestante y lucha contra la familia imperial católica de los Habsburgos, que apoyaban con frecuencia sus pretensiones sobre Derecho romano. Mencionamos de sus obras su "História del Derecho alemán" (1643), así como dos libros sobre Derecho político, publicados pocos años después: "De Germanorum Imperio Romano" y "De finibus Imperii Romano-Germanici".

VII. Hugo Grocio, nacido en 1583 como hijo del alcalde de Delft y fallecido en Rostock en 1648, llevaba una vida agitada. El profesor Arminio de Leyden rechazó el dogma calvinista de la predestinación. Oldenbarneveldt y Grocio, Fiscal general de la provincia de Holanda, se adhirieron a la fe arminiana. Mas una conferencia rechazó dicho dogma. Se condenó a Oldenbarneveldt a muerte y se le ejecutó. Grocio fué condenado a cárcel perpetua y confiscación de su fortuna. En la prisión, Grocio redactó su "De veritate religionis Christianae" y una introducción a la vida jurídica holandesa. Este último libro se utiliza todavía hoy día en África del Sur, adonde lo llevaron los "boers". En 1621 Grocio logró escapar de la cárcel gracias a la ayuda de su mujer, que le escondió en un cajón de libros. El célebre jurista holandés huyó, disfrazado como albañil, a Francia. En París elaboró el exilado su célebre obra "De iure belli ac pacis", nombrado entretanto embajador de Suecia en la capital gala. Este libro se publicó en 1625. Grocio es también autor de la obra "De iure predae", escrita entre 1604 y 1605. Desde 1608 había aparecido como trabajo independiente el capítulo XII de esta obra, con el título de "Mare liberum".

Las doctrinas de Grocio consiguieron un éxito poco común. Tanto es así, que se celebra a Grocio como fundador del Derecho internacional público. Algunos autores combaten esta afirmación, reivindicando dicho mérito para los teólogos y juristas españoles del siglo XVI: Vitoria, Soto, Vázquez de Menchaca, Baltasar Ayala, Suá-

rez, etc. (1). Para enjuiciar este problema de autoría conviene distinguir tres aspectos diferentes: 1.º Los teólogos y juristas españoles influyeron, según propia confesión de Grocio (2), a éste al redactar su famosa obra. 2.º El contenido de las doctrinas de Grocio se halla ya, en lo esencial, en los escritos de Vitoria, Suárez, etc. 3.º No obstante, pese a la dependencia psicológica de Grocio de aquellos autores y habida cuenta de la coincidencia de las enseñanzas del célebre holandés con las de los grandes españoles del siglo XVI, la obra grociana llegó a cumplir una función que no podía cumplir la doctorina de ninguno de aquellos españoles. El mundo medieval formaba una unidad religiosa y política. La unidad religiosa se apoyaba sobre la Iglesia católica; la unidad política descansaba en el Sacro Imperio Romano. La Edad Moderna empieza con la quiebra de esta unidad. El protestantismo despoja a la Iglesia católica del ámbito universal de su autoridad, mientras que el nacionalismo desintegra el Sacro Imperio Romano en un gran número de Estados nacionales independientes entre sí. El problema de la Edad Moderna consistía, por tanto, en encontrar una base común para todos los pueblos, con independencia de la religión católica y del Imperio Romano, principios ambos que acababan de perder su fuerza coagulante. He aquí la razón porque la obra de los dominicos Vitoria y Soto o del jesuíta Suárez no podían desempeñar el papel unificador, puesto que partían del punto de vista católico, así como la explicación del éxito del libro de Grocio, holandés y protestante. La situación es comparable con la de una casa comercial que, después de una quiebra, logra rebacer su fortuna. Los descendientes del comerciante que rehizo el patrimonio no olvidarán nunca el agradecimiento que deben a su salvador, aunque éste no haya superado el importe del capital acumulado por sus predecesores antes de la quiebra y si se haya inspirado en las prácticas comerciales de éstos. Así se ex-

(1) Véanse Kaltenborn: "Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des 'ius naturae et gentium'" (1848). Kohler: "Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts." (*Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, X, páginas 253 y sigs.); Cathelein: "Ist Hugo Grotius der Begründer des Naturrechts?" (*Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, IV, págs. 389 y sigs.); Nys: "Les origines du Droit international" (1894); "Le Droit des gens et les anciens jurisconsultes espagnols; Barcia Trelles, Francisco de Vitoria. (*Recueil des Cours*, 1927, II, páginas 112 y sigs.); James Brown Scott: "El origen español del Derecho internacional moderno" (Valladolid, 1928).

(2) *Del Derecho de la guerra y de la paz*, prolegómenos a los tres libros, números 37 y 38.

plica que Grocio reivindica validez para su Derecho natural, aunque no existiera Dios (1). Lo que precede constituye, en lo esencial, la opinión del célebre italiano Anzilotti (2).

Grocio construye su Derecho internacional público sobre los fundamentos del Derecho natural y el Derecho voluntario, que a su vez se subdivide en Derecho voluntario divino y Derecho voluntario humano (3). "El Derecho natural es un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción, por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la Naturaleza" (4). Grocio rechaza la extensión de la ley natural a los animales o los seres inanimados (5), siguiendo en este extremo a Vitoria (6) y a Suárez (7). La restricción de la ley natural a los hombres o su extensión a todos los seres está relacionada con dos acepciones de la noción "ley natural", las cuales algunas veces se confunden y otras no se distinguen con la deseable claridad. La ley natural se refiere, en algunas doctrinas, a los *preceptos morales* que deben ser comunes a todo el mundo, independientemente de su fe religiosa, siendo de hecho comunes a casi todos los pueblos. Sirva como ejemplo: "Haz a los otros lo que quieras para ti" (8). Mas la voz "ley natural" puede referirse también a las *leyes de las ciencias naturales* que rigen la vida de los seres, como, por ejemplo, a la unión del macho y de la hembra (9). En el segundo sentido se trata de leyes naturales que no son leyes jurídicas por no ser violables. Sólo en el primer significado nos encontramos con auténticas leyes normativas (10). Grocio simplifica las numerosas discusiones

(1) Grocio. I. c., núm. 11. V. también Ramón Pérez Blesa: *Universidad*, 1942, página 302.

(2) Anzilotti: *Lehrbuch des Völkerrechts* (Berlín, 1929, pág. 6). En el mismo sentido, Ramón Pérez Blesa: I. c., págs. 316, 318, 319.

(3) I. c., Libro I, cap. I.

(4) I. c., trad. española de Jaime Torrubiano Ripoll (Madrid, Reus, 1925), tomo I, pág. 52.

(5) I. c., págs. 55 a 57. Véase, acerca de esta cuestión, *REVISTA CRÍTICA*, 1940, págs. 681 y 682.

(6) Véase *REVISTA CRÍTICA*, I. c., pág. 681.

(7) Suárez: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. Trad. española por Jaime Torrubiano Ripoll (Madrid, Reus, 1918), t. I, pág. 56.

(8) Véase, por ejemplo, Soto: *Tratado de la Justicia y el Derecho*. Trad. española por Jaime Torrubiano Ripoll (Madrid, Reus, 1922), t. I, pág. 99.

(9) V. Soto: I. c., págs. 97-98.

(10) Por ello, Suárez (I. c., t. II, págs. 54 y sigs.) afirma que la ley natural es la razón natural, y no es la misma naturaleza racional. Ya San Pablo, en su ley de

teológicas de si la ley natural es un hábito o un acto, si es unitaria o múltiple, si es común para todos o diversa, etc. El Derecho natural se demuestra, según Grotius, con arreglo a dos criterios: ya *a priori*, ya *a posteriori*. "A priori, si se demuestra la conformidad o disconformidad necesaria de alguna cosa con la naturaleza racional y social, y *a posteriori*, si se deduce no con seguridad muy cierta, pero a lo menos bastante probable, que es de Derecho natural lo que en todos los pueblos, o en todos los de mejores costumbres, se cree que es tal" (1). Sea dicho de paso tan sólo que Grotius abusa del criterio *a posteriori*. La obra de Grotius contiene interesantes doctrinas aún fuera de la órbita del Derecho internacional público. Así, Grotius distingue claramente el Derecho objetivo y los derechos subjetivos (2), así como la capacidad jurídica y la capacidad de obrar (3). Como es sabido, no se discute sólo la paternidad del Derecho internacional público, sino también su naturaleza de auténtico Derecho. No entramos en este lugar en el fondo del problema. Mas no dejamos de recalcar que el Derecho no es un mero conjunto de normas, sino la extracción de normas de la realidad social (Derecho consuetudinario) y la incrustación de normas en esa misma realidad (Derecho legal), actividades ambas ejercidas por grupos de hombres (Jueces, legisladores, funcionarios, etc.) con espíritu de imparcialidad. Ahora bien, este elemento psicológico de la imparcialidad es el que dificulta la subsunción del Derecho internacional público en el ámbito del verdadero Derecho, puesto que la imparcialidad requiere a personas distanciadas de la contienda que no sean parte en ella, y esta distancia es tan difícil de hallar en una materia en que todas las relaciones se desarrollan entre un número pequeño de entes que todos están afectados por los problemas de cada uno de ellos.

(Concluirá en el número próximo.)

LA REDACCIÓN.

"formite", emplea el vocablo en este sentido: "Mas veo otra ley en mis miembros, que se rebela contra la ley de mi espíritu y que me lleva cautivo a la ley del pecado que está en mis miembros." (Romanos, VII, 23.) V. Ramón Pérez Blesa: "La ontología de la Ley en la escolástica española" (Universidad, Zaragoza, año XIX, número 2, 1942, págs. 273-276).

(1) Grotius: I. c., t. I, pág. 57.

(2) I. c., t. I, págs. 47 a 52.

(3) I. c., t. I, págs. 316, 317.