

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVIII

Octubre de 1942

Núm. 173

El acta de Notoriedad en función de- claratoria de herencia

1. Precedentes y fundamentos.—2. Trance crítico: la disgregación de la jurisdicción voluntaria involontes.—3. Un uso fuera de la ley.—4. Distinciones convenientes: la zona judicial y la zona notarial.—5 Casos múltiples de declaraciones de notoriedad del derecho hereditario en los títulos notariales.—6. Corolario.—7. Diferencias entre un expediente de declaración de herederos y el acta de notoriedad en función declaratoria de herencia.—8. Ventajas e inconvenientes de esta formulación.—9. Los auxilios de la jurisprudencia.—10. Síntesis preceptiva.

1. Desde que el vigente Reglamento del Notariado reguló en su artículo 209 las actas de Notoriedad, las actuaciones de la jurisdicción notarial tomaron cauce para discurrir en un ensanche práctico de la función, llevada a mayor aptitud para el desenvolvimiento de facultades que, sin responder a novedad alguna, si desgranan múltiples motivos de notariación que antes no tuvieron, al parecer, formato apropiado dentro de la técnica al uso. Los modos notariales franceses mostraron, en ocasiones diversas, a los estudiosos y a los compañeros que ejercen cerca de la influencia de la nación vecina, el acta de notoriedad en funciones distintas, y no ha sido uno solo el caso en que la especial manera de la notoriedad de herederos "ab intestato" titulada en acta por el notario francés, ha pasado a ser inscrita en los Registros de la Propiedad de España, en cuanto a súbditos franceses fallecidos sin testar en su país de ciudadanía. con referencia, naturalmente, a bienes muebles sitos en España; casos de indiscutible legalidad desde el punto de vista jurídico internacional como comprendidos en el estatuto formal aceptado por la ciencia y las prácticas jurídicas, y las leyes en vigor. Siendo esto así, no ha de parecer extraño que el Notariado de España se pregunte y se preocupe de los efectos de las actas de notorie-

dad que en nuestra patria se autoricen, cuando su contenido se refiere a la declaración de notoriedad de un llamamiento hereditario fundado en los hechos reales de entroncamiento familiar y la determinación del articulado correspondiente del Código civil; doble premisa, de la que salta una conclusión irrefutable que participa de la naturaleza de las presunciones “*juris et de jure*”; ello sobre el valor indudable de las pruebas documentales del registro civil—determinante del estado de las personas—y del llamamiento legal, verdadero título hereditario.

2. En principios de técnica notarial no se ha dudado nunca de que el ámbito de la jurisdicción del Notariado de España alcanza a tales declaraciones: ellas son hermanas de las facultades de certificación de la vigencia de leyes—de tan prócer abolitorio—del conocimiento y circunstancias personales de los sujetos comparecientes, esencia de la notariación, y de la facultad esencial de la jurisdicción que se encamina a convalidar y fijar el acto jurídico más por su legalidad que por su veracidad; esto es, que el acto notariado sea más sustantivamente por valedero que por verdadero.

Siento, pues, esto así, se ocurre preguntar cómo dejó el Notariado la autorización de los autos (actos) declaratorios de la notoriedad (pública veracidad y validez) de un llamamiento hereditario para determinada persona. Porque la Ley, haciendo el llamamiento, el interesado en posesión de estado de familia, que se contiene en los certificados de los asientos del Registro Civil, y el testimonio de notoriedad legal del hecho que la autorización notarial entraña, son premisas de tal envergadura que no admiten tambaleos ni vacilaciones. Se explicaría el referido abandono por un motivo que llamaríamos trance histórico, crisis de la función en su propia magistratura.

Cuando la jurisdicción voluntaria “*in volentes*” se disgregó de los Tribunales, convirtiendo en Notarios (los de las notas de notoriedad) a los Escribanos, en cuyas manos permaneció tradicionalmente lo judicial, y adicionando a los juzgadores un secretario de actuaciones, ante el que se pasaran los pleitos y las resoluciones en litis, nadie pensó en que un llamamiento hereditario, fundado en la Ley ordenadora de una trayectoria de sucesión, tuviera que ser llevado ante los Tribunales en forma de litis; tal tesis es completamente extraña al genio de nuestra tradición jurídica, en la que entraron los “*judici cartulari*”, verdaderos jueces de documentos que convertían en cosa juzgada la refrenda

de autorización puesta en las cartas privadas, de manera que, mediante ella, los actos jurídicos ya no podrían dejar de ser y ya no podrían ser de otro modo que este de su autorización (fijeza por verdad y legalidad). Y así, por esto, se reguló como un juicio especial (el universal de testamentaria), todo lo referido a las herencias, porque en ellas nada se litiga (aunque puedan ser motivo de litigio los derechos y acciones que las constituyan), porque en ellas nada se declara, sino que todo se “conforma” bajo la vigilancia de un jurisdiccional. He aquí la más completa equivalencia, si bien sólo en preparación, de la esencia de la jurisdicción notarial, que si llega a ella es porque la voluntad de los interesados se recoge, o se presume con el régimen de notificaciones (inclusive en estrados). Y esto, sobre las bases de un acto notariado: el testamento, que es título fundamental.

Y, para el caso de carencia de testamento, se ideó, para ante el juez, una información de notoriedad, denominada declaración de herederos, pieza indispensable—por regulación del ordenamiento jurídico—en un llamado juicio de “ab intestato”. Pero ¿dónde está la regulación del ordenamiento jurídico para el caso de que no haya ni se busque la intervención judicial? Ni la hay ni puede haberla; porque las declaraciones de notoriedad, las imposiciones del derecho a un acto jurídico—que es la sucesión—pertenecen al notariado como jurisdicción propia.

3. Es un hecho cierto, sin embargo, que la práctica ha venido aprovechando, casi en uso general, el procedimiento judicial del juicio de “ab intestato” para la declaración de herederos, concedido por la Ley a los que acuden al juicio universal como una facultad (véase el texto legal—podrán obtener la declaración de su derecho—dice—, pero no dice obtendrán o habrá de obtener); facultad, pues, de su libre aceptación, pero no de régimen indispensable para, mediante el mismo trámite, obtener un documento comprensivo de su derecho que sirva de instrumento para el mismo (tal instrumento público). A esto es a lo que se llama expediente para la declaración de herederos. Pero, obsérvese bien: Ni este trámite se halla ordenado con tales finalidades para su obligatoriedad general, ni la confección de instrumentos públicos pertenece a otra magistratura que al Notariado. Porque esto es así alcanza la jurisdicción del notariado francés a una porción de actos y formalizaciones que nos parecerían extrañas de ser de otro modo, y que son todos referidos a las formalizaciones de herencia, aun en rebel-

día de ciertos interesados (la partición hecha con preterición de un heredero, como en nuestro régimen jurídico, no es nula, sin perjuicio del derecho de reclamar el interesado), las aperturas de testamentos (recogidas por nuestro Código para los jueces), las subastas forzosas, etcétera, etc. Entre todas las dichas se hallan las actas de notoriedad, de tan robusto desenvolvimiento y aplicación en el régimen notarial italiano, tan próximo pariente del nuestro. Si bien no pretendamos violentar, con esto, el proceso tradicional que el uso haya establecido en la aplicación de los trámites del expediente de declaración de herederos, como medio supletorio, a falta de una feliz declaración en acta de notoriedad, no siempre remarcable y por ello difícil de obtener y más difícil de replantear y autorizar; es muy de subrayar el hecho de que dicho expediente no se halle regulado en la ley de Enjuiciamiento civil entre los actos de jurisdicción voluntaria; lo que es bien acreditativo de que el ordenamiento jurídico sólo tiene hecha regulación para cuando la obtención de título se haga necesaria en los casos de juicio universal de "ab intestato".

4. Estas reflexiones nos llevarían a negar eficacia a dichos expedientes en el ámbito de la titularidad "in volentes", y tal vez ésta sea una idea para tiempos de perfección jurídica; pero admitida por nosotros, como admitimos, la tesis de que el derecho es una creación del orden social, levantada sobre la conveniencia del ciudadano, y así "es mi derecho lo que me sirve a un fin indispensable y justamente", nos basta, por ahora, con distinguir la zona ante los jueces y en ella y para ella la declaración de herederos, de la zona ante el Notariado y en ella y para ella el acta de notoriedad; concediendo validez al por la práctica común llamado expediente de declaración de herederos, para ambas esferas, por haber sido así aceptado por una tradición o costumbre fuera de ley, hasta ahora, no denunciada.

5. El acta de notoriedad en función declaratoria de herencia no es una novedad en nuestras costumbres jurídicas, pues aunque sea cierto que como acto notariado independiente no ha sido hasta ahora usado, no es menos verdadero que las declaraciones de notoriedad conjuntas a otros actos, de los que se pueden considerar como procedentes o accesorios, han sido usadas con éxito evidente en casos de complementación de las instituciones de herederos testamentarias, ya si dejaron fuera de ellas a algún llamado que murió, o si fué incluido en ellas trabucadamente un nombre, o ya si haya que incluir en ellas

a los nacidos con posterioridad al otorgamiento de la institución—los cuasi póstumos—, o si hubiera que declarar los descendimientos que en representación sustituyan al heredero designado y que premurió; ya, en fin, complementando una institución con cláusula fideicomisaria, mediante la declaración del fiduciario acerca de quién o quiénes fueren los herederos fideicomisarios. Y en todos los demás casos en que la posesión de estado, determinada por las certificaciones del Registro Civil positiva o negativamente, acogida al llamamiento legal, logra reconocimiento por parte de los demás interesados en un caso cualquiera de transmisión hereditaria. Y es que, como dice un ilustre ex decano español, “el heredero legítimo (llamado por la ley) viene a llevar en su partida de nacimiento el título de su derecho que nadie puede disputarle, porque es la propia ley quien se lo concede, y tan indudablemente le va unido a su condición de pariente, que para desprenderse de él no ha de bastarle su incuria en ejercitarlo; precisará además que expresa y solemnemente, y ante autoridad o funcionario competente, lo rechace, renuncie o repudie en forma auténtica, por acto enteramente voluntario y libre.” Tal es la preceptiva del art. 988 de nuestro Código civil.

Y si se quiere aumentar la lista de cómo actúan los derechos sucesorios reconocidos por las leyes sin necesidad de salir en su actuación de las declaraciones e imposiciones jurídicas de la Magistratura notarial, véase: *a*) cómo se ejercitan los derechos legitimarios forzosos, sin más que aplicar el precepto escuetamente, cualquiera que sean las amplitudes de disposición y liberalidad de los padres; *b*) cómo los derechos usufructuarios del cónyuge viudo se entienden reconocidos, aun sin que el testador los consigne o refiera en su última voluntad; *c*) cómo la disolución del matrimonio (hecho comprobado por la certificación de defunción) produce “ipso facto” e “ipso jure” el derecho a la liquidación de la sociedad conyugal según las normas legales, y se efectúa sin más declaraciones jurídicas; *d*) cómo se purifican las sustituciones fideicomisarias del derecho común y del foral, etc.

Hemos de concluir, pues, en que existe un ancho campo de acción para desenvolverse los sujetos jurídicos ante la jurisdicción notarial, realizando sus derechos, ya provengan del grupo contractual, en acuerdo de voluntades creadoras, ya del grupo sucesorio en cualquiera de sus modalidades, sean o no paccionadas (intervivos o *mortis causa*) en acuerdo de voluntad, a sí mismo: bien sea en nexo de voluntad

declarada por un causante de cujas, bien expresada, en sustitución de él, por el ordenamiento legal.

6. Por tanto, si encaja dentro de la jurisdicción notarial la imposición del derecho en acto de declaración de herederos y existe un modo taxativo en la regulación legal, cauce dentro del cual puede tomar exteriorización pública, el Notariado no puede negar su sanción al acto cuando le sea solicitado, y, una vez sancionado, ha de ser reconocido con todos los efectos que corresponden a la imposición jurídica que la notariación entraña, lo cual vale tanto como decir que el acta de notoriedad es apta para la función declaratoria de herencia que se encamine a plasmar una manifestación de voluntad receptora de la sucesión (incondicionada o condicionada) con los beneficios legales, para que tome cuerpo en verdaderos actos jurídicos.

7. Sobre esta conclusión, y ahondando en el análisis, puede apreciarse la diferencia que, a nuestro juicio, existe entre una declaración de herederos hecha en actuaciones judiciales—juicio de “ab intestato”—y una información de notoriedad declaratoria de herencia. Y es a saber: Aquella es la expresión abstracta de un derecho escrito en la ley que el particular solicita del juez para que declare corresponderle, remachando, como si dijéramos, el clavo, según aquel sistema de comprobación que concede el cotejo a todo litigante para remachar la autorización y exactitud de un documento público presentado en autos con todos (con todos y a pesar de todos) los requisitos legales, mientras que ésta es la expresión concreta de un derecho que toma cuerpo en la vida sin controversia ni miedo de ella (que no hay por qué temer, ya que los derechos se ejercitan libremente mientras no sean litigiosos) y que el sujeto ejercita en toda su eficacia al calor del ordenamiento jurídico, contando con la protección de la jurisdicción preventiva que ampara, define y tutela todos los derechos en la normalidad o sin contienda.

8. Ahora bien, ¿qué ventajas o qué inconvenientes puede tener esta doctrina para ser practicada?

Es indudable la ventaja que para el orden social alcanza el que las funciones jurídicas, y las de todas clases, se ejercitan por las Magistraturas, oficinas o departamentos a que sistemáticamente ellas pertenecan. Es también evidente la ventaja que entraña para el ciudadano el que sus actuaciones jurídicas de un mismo calibre o tónica le sean autorizadas o sancionadas por un mismo funcionario o magis-

trado. No se ve, por otro lado, razón para que siendo de la Magistratura Notarial la imposición del derecho que entraña la autorización en todos los actos sucesorios, le sea regateada la intervención y negada la capacidad para las sanciones declaratorias de notoriedad de herencia; tanto más cuanto que, si bien se mira, sin pasión y a todo respeto, el Notariado tiene una mayor especialización técnica que los Tribunales en todo lo referente al fenómeno de las transmisiones sucesorias por causa de herencia, ya que él conoce de todos los casos normales, sanos y limpios—permítase la expresión—de abundancia notoria, y ellos conocen de los controvertidos o con taras más o menos ciertas, de escasez indudable afortunadamente. Se señalará como inconveniente (más bien dijéramos como inconveniencia) el que la jurisdicción notarial por su carácter estático, toda vez que ha de ser movida por el interesado, parece que carece de independencia funcional respecto del interesado, cuyo interés protege y ampara. Y si, ciertamente, tal es la jurisdicción notarial, jurisdicción de amparo y garantía mediante la conformación documental, pero no se aplique tal criterio a las posibilidades de un alegre y confiado ejercicio de tal amparo. El Notariado cumple una misión documental con arreglo a las leyes, y en el cumplimiento de ellas está la garantía, siendo de advertir que esta garantía se caracteriza porque nada ante ella es a cencerro tapado, sino que se propone sacar al mundo los actos jurídicos en su formalización pública para todos, y mediante que cada instrumento lleva en sí, como características integrantes, aquellos requisitos de orden legal que los hace válidos, y, precisamente, todos los que deben tener, de manera que en ellos se da la condición que enseñaba otro distinguido decano sevillano, cuando decía que el ordenamiento notarial exige que el instrumento público sea perfecto y lleve en sí todos los datos y detalles de perfección subjetivos, objetivos y normativos, de manera que sea reconocido como tal sin remisión alguna y, si no los llevara, tiene tal tacha esencial, que no toma categoría documental, quedando reducida a un mero intento, ya que no a la prueba de un delito. He aquí la honda responsabilidad del Notariado, para con el que no caben engaños ni recomposturas.

Pero se dirá, finalmente, si la práctica jurídica ha producido la necesidad de las declaraciones de herederos hechas judicialmente y ellas son una fuente de legítimos y dignos ingresos para los auxiliares de los Juzgados de Primera instancia, compensatorios, muchas veces, de

servicios y actuaciones no retribuidas, el hecho de desviar de tales funcionarios la autorización es un despojo que merece la justa repulsa. Queremos dar a este argumento toda la juridicidad posible, y empezamos negando el fondo de su planteamiento, pues el hecho de que las actas de notoriedad, en función declaratoria de herencia, sean reconocidas con todos sus efectos legítimos, no atenta contra los derechos que por honorarios pertenezcan a una secretaría judicial, ya que los expedientes para la declaración de herederos no han de ser sustituidos por las actas de notoriedad en los juicios de "ab intestato" a que aquéllos pertenecen, ni en los casos en que la ley los exija taxativamente (sucesión del Estado, por ejemplo, como verdaderamente litigioso de una declaración de herederos), ni por otro lado dejará de reconocérsele a los autos declaratorios la eficacia de una providencia judicial, por lo que tampoco serán esencialmente rebajados ni disminuidos. El hecho de que las actas de notoriedad tengan eficacia plena declaratoria influiría evidentemente en la disminución de asuntos judiciales—pues ya no serían todos para todos los casos—; pero se beneficiará el ciudadano, aliviándolo de requisitos y gestiones (y apartándolo de los Tribunales, cuya severidad se pone en trance de perturbación con los devengos arancelarios de la justicia retribuida), dejando, además, a la jurisdicción judicial libre de esos expedientes de mero trámite, que la entretienen, en todo caso, de la alta y sublime misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

9. Los auxilios de la jurisprudencia:

Bien comprendemos que una meditación hecha por modo de investigación científica no es cauce resolutorio para plasmar definitivamente una verdad jurídica por dogmática que sea. Por ello, se nos ocurre buscar el auxilio de la jurisprudencia, que al analizar, en controversia de opiniones los argumentos de pro y de contra definirá y discriminará todas las razones y fijará los argumentos siempre resolutivos. Así, pues, al Notariado incumbe plantear el caso vivo y llevar a él la norma jurídica de eficacia irresistible, para que si las preocupaciones de la vieja práctica interfirieran los dichos órdenes de verdades, levantados sobre nuestras anteriores meditaciones—tal vez deducidas erróneamente, pero inspiradas en un criterio profesional meditado y practicado—, se alce con sus razones ante la última instancia que dé su solución al día. Pero nosotros también participamos de la opinión señera que afirma, respecto de cualquier recurso gubernativo

que se entable, "que si hoy se pierde, no pasará mucho tiempo sin que se gane". Los hechos se imponen, y son más fuertes que las conveniencias particulares". Así, por esto, alabado sea quien lo promueva y quien lo sostenga y quien lo remueve. El será guión y maestro, amante y defensor del Notariado.

10. Reasumimos, pues, y resumimos nuestras reflexiones en unas leves tesis, a manera de síntesis preceptivas. A saber:

1.^a Al Notariado corresponden, por naturaleza, las declaraciones de notoriedad de estado individual, vigencia de leyes y todas las consecuencias de orden jurídico de ello deducidas.

2.^a El Notariado tiene regulada el acta de notoriedad como instrumento de los derechos ciudadanos, incumbiéndole encajar en ella las manifestaciones de voluntad que, según las leyes, puedan efectuar los requirentes con todos sus efectos jurídicos.

3.^a El acta de notoriedad en función declaratoria de derechos hereditarios no sólo tiene sus precedentes en las legislaciones hermanas e inspiradoras de la nuestra, francesa e italiana, sino que se aplica en la técnica española en multitud de casos concretos de carácter contractual y sucesorio o mixtos.

4.^a El hecho de que las declaraciones abstractas del derecho hereditario hayan tomado, por uso jurídico fuera de ley, la manera de la declaración de herederos del juicio de "ab intestato", no puede influir ni menos negar el ejercicio de una facultad de la jurisdicción notarial realizada según las leyes.

5.^a La autorización de actas de notoriedad no es incompatible con la eficacia documental de un auto de declaración de herederos, si bien ni uno ni otro sea título de llamamiento, que está en la ley supletoria de la voluntad de los causantes intestados.

6.^a Son manifiestas las ventajas del acta de notoriedad en función declaratoria de herencia y no se alcanzan los inconvenientes.

7.^a La evolución constante del orden jurídico es suficiente razón para aceptar las más terminantes novedades, si ellas responden a la condición de necesidad que es esencial del derecho vivo.

8.^a A la jurisprudencia ordenadora de la práctica jurídica, corresponde fijar el valor y eficacia de los actos notariados prestándoles el calor necesario para el desenvolvimiento del derecho.

ANTONIO BELLVER Y CANO.

Notario de Cuenca.

Los Registros de la Propiedad y especial de Arrendamientos en la Ley de 23 de julio de 1942

CUESTIONARIO DE DUDAS

Al derogar el artículo 2.º de esta Ley de un modo tajante los esenciales preceptos de la de marzo del 35, sobre formalidades documentales y registrales, que quizá—de no existir la sentencia del Supremo de 6 de marzo de 1940, y de la que por cierto no se ocupa el ilustre comentarista Sr. Rodríguez Jurado—podíamos considerar como “*ab solemnitatem*” para la validez de un contrato de arrendamiento rústico, surge en el tapete de la controversia la duda—principal, entre otras—de qué efectos jurídicos producen las actuales y aun vigentes inscripciones, extendidas en uno y otro Registro, y aquellas que en lo sucesivo y al amparo de ese mismo artículo 2.º se autoricen.

Este serio problema—así entendemos puede adjetivarse la cuestión que nos ocupa—, de existir y no ser hijo de una errónea concepción, claro es que interesa a arrendadores, arrendatarios, Estado, terceros, y muy directa y especialmente a los Registradores de la propiedad, si con plena conciencia han de cumplir con su esencial obligación, de saber y explicar a los demás el valor que en el *mercado jurídico* han de tener los asientos que custodian y que en lo sucesivo practiquen.

Y como estas dudas nacen del novísimo derecho constituido, su cuestionario, si ha de tener un carácter eminentemente práctico, nos separa del campo de la crítica y del comentario, que está también lejos de nuestro ánimo y de nuestras fuerzas.

ARTÍCULO SEGUNDO

El legislador tenía ante sí tres soluciones: una, confirmar la imprescindible necesidad del documento y de su inscripción; otra, la de

derogar expresamente, no la formalidad documental, que entre partes no es naturalmente posible, pero sí la registral, mediante cerrar los actuales libros del Registro especial de arrendamientos, y por último, la aparentemente seguida, de voluntariedad, para ambas formalidades, pero con esta gran diferencia, de que para la documental se concede a cada contratante el derecho a exigir del otro el otorgamiento de un documento público o privado—objeto de lujo, pues que el exigente paga—, en tanto que para la registral el derecho a inscribir no está precisamente en el que aspira a la publicidad del contrato y de sus condiciones, sino que depende, y con ello pasa de derecho propio a favor o complacencia que se solicita, del que, al oponerse, impone una clandestinidad, si, como se prescribe, la inscripción requiere un pacto previo. No hay, por tanto, un sistema perfecto de voluntariedad unipersonal para la inscripción, sino de voluntariedad pactada, con diferencia tan esencial, que se hace innecesario matizar.

Y no se alegue para defender el sistema el precedente hipotecario de que cuando el arrendamiento no alcanzaba seis años o no se adelantaba tal renta, la inscripción había que convenirla, porque ello precisamente demostraba que cuando por su importancia o por su duración se estaba en presencia de un derecho real por esencia o por conversión, el art. 6.º de la Ley Hipotecaria era de rigurosa aplicación.

Dudas que dentro del Derecho constituido nos ofrece la exigencia del previo acuerdo:

a) Al determinarse en el segundo párrafo del art. 2.º el Registro especial de arrendamientos, parece lógico deducir que la exigencia del previo acuerdo no es necesaria para la inscripción en el Registro de la Propiedad, y que, por tanto, están vigentes, en este aspecto, el número 5 del art. 2.º y el art. 6.º citado de la Ley Hipotecaria.

b) Ese pacto previo para inscribir en el especial de Arrendamientos, ¿tiene que constar de un modo expreso? La contestación a esta pregunta, no obstante que del texto de ese artículo se desprende que debe ser expreso, tiene una excepcional importancia, porque de sobreentenderse el silencio como permisivo o como prohibitivo, las consecuencias son trascendentales.

Para nosotros el supuesto silencio es permisivo, porque, de no ser así, implicaría un pacto de *no inscribir*, cuya licitud es tan dudosa que a pesar de este art. 2.º lo consideramos contrario a la Ley—en su sentido amplísimo—, que en todos los sectores de la vida económica, so-

cial—ahora más acentuadamente—jurídica repugna la clandestinidad, que a nadie favorece y a todos perjudica.

c) Si son válidos, según este art. 2.º, los contratos de arrendamientos rústicos, cualquiera que sea la forma de su celebración, necesariamente tiene que serlo el constante en documento privado, con renta superior a 5.000 pesetas; ¿pero son eficaces, bastantes, inscribibles en esta forma en el especial de arrendamientos?

Y con esta pregunta, que en realidad no puede contestarse más que con un artículo reglamentario, se enlaza la de si esta distinción de contratos de más o de menos de 5.000 pesetas, está vigente en la ley novísima, que los clasifica a efectos legales en privilegiados o no privilegiados, según la renta suba o no de 40 quintales de trigo.

ARTÍCULO NOVENO

Es para nosotros, en la limitada esfera de este trabajo, el precepto más importante de la ley del 42. Basta leer, y cual se merece, el comentario del competente y autorizadísimo tratadista Sr. Rodríguez Jurado para convencerse de ello.

Este precepto, aparentemente deroga los artículos 1.549 y 1.571 del Código civil, el 23 de la Ley Hipotecaria y el 27 de la Ley de 15 de marzo de 1935, posibles derogaciones que le permiten afirmar al citado ilustre comentarista que aunque del arrendamiento no nazca ningún derecho real, el arrendatario sin inscripción goza de sus beneficios, hasta el extremo de que el arrendamiento de “facto” impide al comprador el disfrute de la finca, aun en el supuesto de que lo desconociera hipotecaria e incluso civilmente; por ello dice el Sr. Rodríguez Jurado, y lo repite con otros motivos, que *han claudicado principios fundamentales* de la Ley Hipotecaria, sensible claudicación, no sólo para nosotros, que a la Institución registral hemos dedicado nuestros afanes y actividades, sino para el mismo Sr. Jurado, que en la página 46 de su importante obra no puede por menos—así se lo exige su cultura jurídica—de decir lo que sigue: “No se nos oculta que en una técnica de gran altura sería muy conveniente un derecho formalista con un Registro perfecto en el que estuviera fotografiada, por así decirlo, toda la vida jurídica del campo”..., “pues que de esta forma quedaría regulado el derecho de terceros”...

Y aunque es también sensible que por otras razones de menor

cuantía, de economías o de una lamentable incultura jurídica, no se haya creído conveniente sostener el principio formalista que inspiró la ley del 35, permítasenos señalar, como una manifiesta incongruencia entre la Ley del 42 y lo que dice el Sr. Rodríguez Jurado, la resultante de la carencia de preceptos claros y terminantes que en armonía con nuestra legislación hipotecaria, estimulen por sus privilegiados efectos jurídicos la inscripción de estos contratos que de tal modo perjudican a los terceros que registral y hasta particularmente los desconozcan...

Y volvamos de lleno al derecho constituido. Del principio, hoy indiscutible, de que el arrendamiento no inscrito—ni escrito—perjudica a tercero, esencialmente al tercero adquirente, ¿se deduce la inutilidad, por su ineficacia, de la inscripción que este mismo derecho novísimo, y aunque con manifiesta desgana, autoriza?

Si en términos absolutos así fuera, no se explicaría, en modo alguno, la omisión de preceptos que de un modo terminante ordenaran el cierre y archivo de los libros del Registro especial y la derogación del número 5 del art. 2.º de la Ley Hipotecaria; pero es el caso que al alejarnos de esta consecuencia, que implicaría un absurdo jurídico—los preceptos legales se confirman, se derogan o se modifican, pero no puede haberlos ni vigentes, ni derogados, ni modificados, ni inútiles—, nos encontramos en el *vacío* por la carencia de otros preceptos que de un modo positivo determinen en nuestro caso la eficacia o la utilidad o la conveniencia de una inscripción que, aun no necesaria, puede solicitarse y autorizarse.

Este *vacío* obliga al Abogado, y más especialmente en nuestro problema al Registrador de la Propiedad, a procurar salvarlos con deducciones que al tener un matiz subjetivo, por ser más o menos lógicas y defendibles, se convierten en *dudas*. Veámoslo:

a) Aceptado que la no inscripción de un contrato de arrendamiento en su Registro especial no le priva de validez ni entre las partes ni con respecto a tercero. El hecho tangible, real de la posesión arrendaticia es bastante para esta validez interna y externa, sin que sea necesario ni un mero documento privado ni que conste su fecha del modo previsto en el art. 1.227 del Código civil.

De modo que si no hay inscripción, no es aventurado afirmar que no hay terceros y sí sólo partes contratantes por un derecho propio e inicial o por subrogación; la ley levanta sus manos protectoras, y

allá partes y seudoterceros con la prueba en juicio o fuera de juicio, de sus derechos y obligaciones. Obligación probada del arrendador, obligación que pesa sobre el adquirente, porque así es de terminante el segundo párrafo del artículo que nos ocupa: "El tercero adquirente quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones dimanantes del arrendamiento"; es decir, que si a este tercero no se le facilita en el acto de la adquisición una copia del contrato autorizada por vendedor y arrendatario—que incluso puede ser verbal—, queda a las resultas de lo que hayan convenido o simulen haber convenido vendedor y colono, consecuencia a la que no es difícil llegar, y que a la larga acarreará una inseguridad en la movilización de los grandes predios rústicos, con el consiguiente quebranto para el crédito territorial, que vino a fortalecer—según el mismo Sr. Rodríguez Jurado, página 126—el semiderogado art. 1.571 del Código civil.

Y si bien esta clandestinidad, por lo menos de esenciales condiciones, es antieconómica y antisocial—el ilustre tratadista reconoce en la página 33 de su obra que en Alemania el arrendamiento rústico exige la aprobación de la autoridad competente—, en lo jurídico puede ser motivo de más o menos pleitos; pero en nada, naturalmente, afecta a la eficacia registral, porque estamos en el supuesto de no mediar inscripción.

b) Pero el contrato de arrendamiento de la finca vendida está actualmente inscrito en el Registro de la Propiedad y en el especial de Arrendamientos, o solamente en el último, o se inscribirá en lo futuro. En este supuesto la figura del tercero, que no intervino en el contrato, pero del que tiene conocimiento por su publicidad, es eminente y evidente con consecuencias que constituyen el nervio de nuestra principal *duda*.

No es preciso separar, para procurar su solución, al Registro de la Propiedad del especial de Arrendamientos.

Registro de la Propiedad. Entendemos no derogado por la Ley especial de Arrendamientos el principio sustancial hipotecario del artículo 23 más que en cuanto al hecho escueto de la "posesión arrendaticia", esté o no inscrito el contrato que la motivó en el Registro de la Propiedad; pero si lo está, ¿puede el tercero ampararse en la inscripción para no considerarse subrogado más que en los derechos y obligaciones del arrendador constantes en esa inscripción?

La contestación a esta pregunta tiene para nosotros una excepcio-

nal importancia, y sinceramente creemos que también la tiene para la economía de la tierra en el aspecto de la seguridad de su movilización.

Brevemente vamos a razonar la contestación afirmativa a esa pregunta: dos son las situaciones registrales de los contratos de arrendamientos: la positiva de estar inscritos y la negativa de no estarlo.

No admite discusión que teniendo efectos, perjudicando a terceros, la situación negativa, la derogación de los artículos del Código civil, de la Ley Hipotecaria y de Arrendamientos del 35 es evidente; pero como también es evidente—punto neurálgico de nuestro razonar—que esos preceptos civiles e hipotecarios no sólo no están derogados, sino reforzados en la situación positiva, la inscripción ampara y perjudica a tercero.

Aclaremos aún más este interesante aspecto, que, en nuestro juicio, resuelve en parte el problema del *vacío*.

A., dueño de la finca R., arrendada a B., la vende a C.; E. tiene que respetar el arrendamiento de B., esté o no inscrito. Si no lo está, porque así lo disponen los artículos 2.º y 9.º de la Ley del 42; y si lo está, porque así lo disponen los artículos de las Leyes civiles e hipotecarias citadas. En el primer caso, estos artículos están derogados; en el segundo, no. En el primer caso—situación negativa—, C. se coloca en el lugar de A., aceptando derechos y obligaciones que no conoce de un modo auténtico o que conoce en el momento de la adquisición, por escrito o meramente de palabra; en el segundo caso, C. ostenta los derechos y pecha con las obligaciones de A., constantes en un Registro público que le garantiza contra condiciones o combinaciones ocultas.

Para apreciar la importancia de esta diferencia, basta esta sencilla observación: salvo que C. expresamente acepte condiciones no inscritas o modificaciones no inscritas, para él, tercero, con todas las de ley, la renta es de 8.000 pesetas, el tiempo de diez años, el colono ha de labrar al tercio, las operaciones de poda y entresacar leñas ha de hacerse con intervención del propietario..., por que todo ello así consta en la inscripción, y, por tanto, a él, tercero, no le perjudican la subida de la renta a 9.000 pesetas, la duración de doce años, la poda sin intervención suya, etc., si estas modificaciones o alteraciones o innovaciones no estaban inscritas en el Registro cuando él, bajo su fe, adquirió la finca.

Si este positivo efecto tiene la inscripción de arrendamiento, porque si no lo tiene, resultaría de una inutilidad incomprensible, los principios hipotecarios sólo han claudicado en parte, y al no claudicar en su totalidad, la inscripción de esos contratos tiene una gran finalidad económica y jurídica, porque al mismo tiempo que da la plena seguridad de un derecho real al arrendatario, asegura y garantiza también la movilización de la propiedad rústica, al recortar y perfilar, no la mera posesión arrendaticia, sino las condiciones que la regulan, más importantes quizás que esa misma posesión.

Párrafo aparte merecen estos dos posibles conflictos; el doble arrendamiento y la "no posesión arrendaticia" cuando la finca se vende. A, arrienda la finca a B., que no inscribe, y luego a C., que inscribe, contratos que se perfeccionan en mayo para empezar su ejecución en 1.º de octubre siguiente. Ante C., en el momento de convenir con A., no hay "posesión arrendaticia", pues que la finca en aquel momento la explota A., pero es a B. a quien A. le permite entrar en ella y preparar sus labores...

A. arrienda a B., que no inscribe, en el mismo mes de mayo, por tiempo que comienza en 1.º de octubre, la finca que precisamente vende a C., que la inscribe a su favor en el Registro de la Propiedad y de la que se conviene que su entrega tenga lugar el 30 de septiembre, último día del año agrícola que explota el vendedor A., pero es el arrendatario B. quien, como en el caso anterior, entra en la finca en septiembre y labra...

La "posesión arrendaticia" que perjudicaría a C. si compra en noviembre, no existía en mayo.

Dejamos a los abogados especializados en procedimientos qué acciones competen a C. arrendatario, inscrito, o comprador inscrito, y en qué clase de juicio hayan de ejercitarse, pero la eficacia de esas inscripciones de que es titular C. debe, en nuestro juicio, cristalizar en que la posesión arrendaticia o propia pertenece a C. De otro modo, lo público y solemne se pospondría a lo oculto, con tan serios perjuicios, cuya posibilidad hay que descartar del espíritu de una ley tan bien orientada, en muchos aspectos, como la de 23 de julio de 1942.

Registro especial de Arrendamientos. Fundamentalmente son de aplicar los mismos razonamientos, pero es posible que con la misma intensidad no sea así, dentro del derecho constituido.

Con los comentarios del Sr. Rodríguez Jurado a la vista, examinamos el capítulo de la ley del 35: "De la inscripción de los arrendamientos". Este competente y autorizado tratadista estima vigentes los artículos 56—menos en el imperativo "se inscribirá", que hay que sustituir por el voluntario "se podrán inscribir"—, el 57, el 59 y el 62; modificados los 63 y 64 y derogados los 58, 60, 61 y 64.

En cuanto a los artículos 56, 57, segundo párrafo del 58, 59 y 62, nuestra conformidad es absoluta; en los demás, modestamente, nos permitimos las siguientes observaciones:

Artículo 58: Aparte de la eficacia de la inscripción a favor del arrendatario, que podrá no necesitarla para sostener su posesión arrendaticia, pero sí para el detalle de sus condiciones, es evidente que ni esa posesión ni la inscripción en este especial de Arrendamientos puede perjudicar al titular inscrito en el Registro en el caso del segundo párrafo del artículo que estudiamos. Ni la acción posesoria, ni la del artículo 41 de la Ley Hipotecaria ni mucho menos la reivindicatoria, pueden estimarse enervadas ante un arrendamiento concedido por quien no es dueño de la finca.

Artículos 60 y 61: No vemos la conveniencia económica ni jurídica de sostener la derogación de estos preceptos; si bien o mal, el contrato se inscribió, las modificaciones de sus esenciales requisitos, tiempo y renta, deben obligatoriamente inscribirse si han de perjudicar a tercero y especialmente a tercero adquirente, por cuantas razones se han expuesto.

Artículos 63 y 64: Tampoco vemos razón alguna que abone, bajo ningún aspecto, la derogación total de estos preceptos una vez inscrito el contrato de arrendamiento. Es más, creemos de absoluta necesidad sostener el perfecto derecho del arrendador y arrendatario a exigirse el documento acreditativo de la cancelación de un arriendo que está extinguido, y cuya ficticia vigencia sólo perjuicios e inconvenientes pueden producir al uno y al otro.

No obstante, entendemos hoy más firmes las posiciones de los contratantes y terceros con la inscripción en el Registro de la Propiedad que en el especial de Arrendamientos. En el de la Propiedad, creemos haber demostrado la vigencia de sustanciales principios hipotecarios, por lo menos en el caso positivo de existir inscripciones; en el segundo, es prudente reconocer que la carencia de preceptos dentro de esta especialidad puede dar motivo a fundadas y distintas apreciaciones.

Normas aclaratorias, complementarias y sobre todo reglamentarias, disiparían las dudas.

ARTÍCULO DÉCIMOTERCERO

Estima el Sr. Rodríguez Jurado que este artículo, al dejar sólo vigentes *las leyes* anteriores que no se opongan a la de julio del 42, deroga expresamente todas las disposiciones, Ordenes y Reglamentos anteriores y que, por lo tanto, lo está el Reglamento de 27 de abril de 1935.

Que realmente sea así, o que no lo sea, tiene para los Registradores de la Propiedad, que a su vez lo son de Arrendamientos rústicos, una gran importancia.

El título de la Ley del 35, vigente, como hemos visto, en su casi totalidad, se desarrolla en ese Reglamento que se dice derogado y de tal modo en su título 2.º, que no hay posibilidad técnica de separarlos cuando forman un todo armónico; cabe, claro es, su modificación para amoldarlo a la nueva ley, pero no es posible su decapitación sin sustituirlo sin solución de continuidad.

Se puede admitir, por ejemplo, la derogación de los artículos 24, 26, 37, 46, 47, 48, pero ¿cómo va el Registrador a autorizar los libros sin un formato oficial, sin que se le diga los requisitos y las formas externas de los asientos, si han de llevarse o no índices, hasta dónde alcanza su facultad calificadora, los recursos que contra ella procedan, qué honorarios ha de percibir?, y tantos otros detalles, si se quiere, pero de absoluta necesidad para la organización de una Oficina pública que no puede dejarse al arbitrio del funcionario.

Consecuencia, que salvando los preceptos reglamentarios que vayan contra las esenciales modificaciones de la ley del 42, el Registrador ha de llevar el Registro especial de Arrendamientos rústicos conforme a lo ordenado en el Reglamento de 27 de abril de 1935, y hasta tanto no se le sustituya por otro, que nos permitimos estimar de urgencia.

DUDAS FINALES

Entiende el Sr. Rodríguez Jurado—página 339—que está derogado el artículo 6.º de la Ley del 35, menos a cuanto a considerar

exentos del pago del impuesto derechos reales los contratos de arrendamientos. Y esta respetable opinión nos sugiere estas dos preguntas:

¿Está vigente el artículo 25 del Reglamento de 27 de abril de 1935 concediendo al Registrador la competencia para liquidar el impuesto o declarar su exención, si ya no hay inscripción obligatoria?

¿Está vigente la Orden del Ministerio de Hacienda de 18 de junio de 1935, que permite la exención del impuesto de tales contratos en el solo caso de su inscripción, entonces obligatoria y hoy voluntaria?

* * *

Nuestro buen deseo de facilitar a los compañeros el estudio de nuestra función ante la novísima ley de Arrendamientos y más principalmente el de promover del Poder público disposiciones que con urgencia aclaren esa función, que por otra parte tanto han de interesar a propietarios, arrendatarios y terceros, disculpa la premura y extensión de este trabajo, que seguramente mejorarán los que son de esperar se publiquen con más tiempo y meditación.

FÉLIX CARAZONY LICERAS

De la Junta directiva del Ilustre Colegio
de Registradores de la Propiedad.

La crisis del contrato (*)

B) LA CRISIS DEL CONTRATO EN CUANTO AL OBJETO.—ESTUDIO DE LOS CONTRATOS COMPLEJOS.—UNITARIOS Y MIXTOS.—SIN CLASES

ESTUDIO DE LOS CONTRATOS COMPLEJOS.—UNITARIOS Y MIXTOS.
SUS CLASES

Ya antes apuntábamos que frente al tipo tradicional constituido por la prestación única o múltiple, pero fija y predeterminada, integrada, como recoge nuestro Código (art. 1.271), por cosas o por servicios, aparecen nuevos tipos contractuales (1) caracterizados por un objeto en el que concurren prestaciones de distinta naturaleza, bien coordinadas o subordinadas, o en régimen de absoluta inordinación. Nacen así los contratos genéricamente denominados complejos, cuya importancia es hoy máxima a juicio de Planiol (2), que, no obstante, los niega como tales pretendidos tipos unitarios de negocio jurídico.

Las prestaciones—continúa—no pueden consistir en otra cosa que en servicios, cosas y derechos. Y los contratos serán contratos relativos a trabajo (donación de trabajo, arrendamiento de servicios, contrato de empresa, aportación a sociedades, cambio de servicios); relativos a cosas (donación, permuta, compraventa, etc.), o relativos a

(*) Véase el número anterior.

(1) La Lumia: "Contratti misti e contratti innominati" (en *Riv. Dir. Com.*, 1912, I, págs. 7 y sigs.). Sobre este tema, Hoeniger: "Vorstudien zum problem der gemischten Verträge" (Friburgo, 1910). Schreiber: "Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht" (en *Jher. Jahrb.*, LV, 1911, págs. 105 y sigs.). Regelsberger: "Mehrfachheit von Verträgen oder Vertrag mit zusammengesetzten Inhalt?" (en *Jher. Jahrb.*, 1904, XLVIII, pág. 452). De Gennaro: "I contratti misti" (Padova, 1934). Fubini: "Contribución al estudio de los contratos complejos (llamados mixtos)" (en *Rev. Der. Privado*, XVIII, págs. 1 y sigs.).

(2) Planiol: *Traité élémentaire de Droit civile*, núm. 1.352 bis.

derechos (enajenaciones, cesiones, renuncia, etc.). Y por ello parece a Planiol que el contrato de hospedaje no es un contrato nuevo y diferente de los demás, sino la conjunción de otros cuatro. Llegase, pues, a la conclusión de que no es posible crear nuevos tipos contractuales. Todo lo más, podrán hacerse combinaciones más o menos complejas con los ya conocidos.

• Frente a esta doctrina, los modernos escritores germanos y españoles se manifiestan partidarios del reconocimiento del contrato complejo (1); Castán (2) los clasifica en "típicos", "atípicos" y "mixtos".

Ennecerus (3), tras de señalar lo limitado de las construcciones teóricas y de reconocer que es en última instancia al Juez a quien corresponde el reconocimiento o desconocimiento de estos nuevos tipos negociales, los clasifica del modo siguiente:

A) Uniones de contratos (múltiples). Contratos unidos.

B) Mixtos "latu sensu". Cuyos elementos esenciales de hecho están regulados, en todo o en parte, por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contratos.

C) Típicos con prestaciones subordinadas de especies distintas. Hay un contrato básico y otras figuras de tipos complementarios que no alteran el fin principal del negocio.

El profesor Garrigues (4) incluye entre los contratos típicos los contenidos en el repertorio legal; entre los mixtos los de diversas prestaciones (hospedaje, alquiler de cajas de seguridad en Bancos, viajes "a forfait", venta a plazos bajo la forma inicial de arrendamiento, transporte en coche-cama, contrato de exposición de obras artísticas, etc.), y entre los típicos, no conocidos en el repertorio legal, la sociedad de responsabilidad limitada (reconocida hoy de facto en el art. 108 del Reglamento del Registro mercantil de 20 de septiembre de 1919).

Para Lotmar (5), la complejidad contractual puede darse en tres diversos puestos: acumulación, absorción y combinación. El primero representa la coexistencia de varios contratos. La absorción supone que los varios elementos que caracterizan la complejidad contractual son subsumidos en un contrato único. Por último, la combinación equivale

(1) Pérez Serrano: *El contrato de hospedaje*, pág. 105. Edic. 1930, Madrid.

(2) Castán: Ob. cit., edic. 1941.

(3) Ennecerus, t. II, vol. II, págs. 1 y sigs.

(4) Garrigues: *Curso de Derecho mercantil*, t. II, vol. I, pág. 14.

(5) Lotmar: *Arbeitsvertrag*, I, pág. 177. Leipzig, 1908.

a admitir la existencia de un solo contrato al que se aplican las disposiciones de los varios que lo constituyen.

Y no queremos dejar de mencionar a este respecto el notable trabajo de D. Joaquín Dualde en el "Libro-homenaje a D. Felipe Clemente de Diego", editado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (1).

En el Derecho español la admisibilidad de los contratos mixtos es, a juicio de Pérez y Aguer, fácilmente aceptable en tanto no sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público (art. 1.255): "Es más: el propio Código civil prevé los contratos mixtos en el art. 622, al remitir la regulación de las donaciones onerosas a las reglas de los contratos, y en el art. 1.579, al incluir la aparcería en el título del arrendamiento y remitirse a las disposiciones relativas al contrato de sociedad."

C) EN CUANTO A LA CAUSA

El contrato abstracto.—La licitud o ilicitud de la causa.—Clases de contratos abstractos.

El último de los elementos esenciales que señala nuestro art. 1.261 es la causa, que tiene ulterior desarrollo en el art. 1.275 y en el 1.277.

Tras de recoger en ellos la tricotomía tradicional de causa *solvendi*, *credendi* y *novandi*, se señalan los requisitos que ha de reunir: Existente, verdadera y lícita. Luego la presunción de existencia y licitud, cuando no va expresa; y la sanción de nulidad cuando de algún modo se contradice su tenor (2).

La doctrina (Castán (3) y Núñez Lagos (4)) recoge la diferencia tradicional entre la causa en sentidos objetivo y subjetivo. En el primero, con el carácter de finalidad práctica que constituye la función económicosocial típica del negocio que se realiza. En el segundo se acogen los motivos psicológicos que impulsaron a cada parte a contratar.

Frente a esta posición, la anticausalista, representada por Laurent, Giorgi, Baudry-Lacantinerie, Planiol y Dabin. "La causa se confunde

(1) Véase *La materia contractual única*, pág. 25.

(2) Ferrara: *Teoria del negozio illecito* (2.^a edic.). Milano, 1914.

(3) Castán, ob. cit., edic. 1941, págs. 607 y sigs.

(4) Núñez Lagos: *El enriquecimiento sin causa*, pág. 27.

en los contratos onerosos con el objeto, y en los gratuitos, con el consentimiento", dice Ernst (1).

La nueva doctrina sobre la causa está representada por Demogue, que afirma que el objeto se refiere a la "utilidad subjetiva" de la obligación, la causa, a su "utilidad social". Y por su parte, Castán destaca en una posición ecléctica, que la causa no es sólo el fin abstracto y permanente del contrato, sino también la finalidad concreta de las partes incorporadas al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad.

Cualquiera que sea la posición que respecto al problema se adopte, es lo cierto que la causa ha servido para clasificar de determinada manera los negocios jurídicos contractuales: Contratos causales, contratos abstractos.

Son estos últimos aquellos que teniendo también una causa, una vez creados, funcionan absolutamente desconectados de ella, que viene a ser así un término ya no esencial, sino simplemente adiafórico.

Deben su nacimiento a un convenio anterior (pacto causal antecedente) que, originado el contrato abstracto, desaparece ya de su vida (2).

Ennecerus (3) señala como características del contrato abstracto las siguientes:

1.^a El que alega un derecho fundado en un contrato de esta naturaleza sólo está obligado a probar su existencia y su contenido, pero en ningún caso la existencia de una causa.

2.^a La validez de la promesa de prestación no depende de la causa, ni siquiera de su moralidad o imposibilidad.

No obstante, se consideran como nulos, precisamente por la ilicitud de la causa, la estipulación entre cónyuges por causa de donación, el reconocimiento de deuda o apuesta en juego ilícito y la promesa de comisión de corretaje matrimonial.

3.^a Sin embargo, de su carácter anticausalista, el negocio abstracto puede reflejar la influencia de una causa cuando de éste naciera cualquier forma de enriquecimiento injusto.

(1) Ernst: *La cause est elle une condition esencielle pour la validité des cormentius?* 1826.

(2) Ferrara: "Sul concetto dei negozi astratti e sul loro giuridico riconoscimento" (en *Riv. Dir. Com.*, 1904, I, págs. 218 y sigs.). Malvagna: "La teoria del negozio astratto" (en *Riv. Dir. Com.*, 1935, I, págs. 43 y sigs.).

(3) Ennecerus: *Ob. cit.*, t. II, vol. II, págs. 507 y 509.

Núñez Lagos, concretando estas ideas, afirma "que el negocio abstracto dota al titular de un *jus exigendi* por voluntad del deudor que lo ha suscrito, sin necesidad de considerar su causa".

Es de notar que el propio Ennecerus, algunas páginas después, contiene una desconcertante afirmación que vendría a echar por tierra la característica más definitiva de entre las que hemos señalado: "La validez del negocio abstracto depende de la validez del negocio causal." Y vincular así el nuevo tipo negocial que comentamos a la existencia y a la licitud de un pacto casual antecedente, es destruir, quíerese o no, toda la doctrina con tanto esfuerzo elaborada.

Para algunos autores no caben en la materia posiciones intermedias. El negocio abstracto tiene un alcance revolucionario en la doctrina clásica civil. O se acepta íntegramente o se rechaza íntegramente también. La impugnación no puede fundarse sino en excepciones consignadas en el título mismo o en la antijuricidad de un enriquecimiento injusto.

Por eso el profesor Garrigues (1) niega la posibilidad de admitir en nuestro Derecho los negocios abstractos, fundándose en que la inexistencia de la causa, una vez probada, anula el contrato, y en que, por tanto, el nuevo acto no es absolutamente independiente de aquélla.

Y ya que tocamos, siquiera sea de paso, la posición actual de nuestros tratadistas, en el Derecho español, bueno será hacer una ligera referencia a la evolución histórica del problema.

Ihering (2) señala entre los negocios abstractos del Derecho Romano el *nexum*, el contrato *litteris*, y la *estipulatio*, ésta más fundamentalmente. Y en otro rango, lo era también el Derecho nacido del pacto pretorio de *receptum argentarii*, que, protegido por una *actio receptitia*, significa en Roma lo que la letra de cambio en las ciudades italianas de la alta Edad Media.

No obstante, afirma Castán, no todos los negocios formales y solemnes del Derecho Romano eran negocios abstractos. Y la *traditio*, acuerdo de transferencia completamente abstracto, no era un contrato solemne.

En la posición actual del problema, cree el prestigioso notario señor Núñez Lagos que es posible adaptar a nuestro Código la construcción negocial abstracta. Y se funda para ello en dos artículos princi-

(1) Garrigues: *Curso de Derecho mercantil*, t. I, pág. 561.

(2) Ihering: *Esprit du Droit romain* (trad. Meulenaere), t. IV, pág. 209.

palmente. El 1.255, que consagra el principio de la autonomía de la voluntad, y el 1.277, que no exige la declaración de una causa expresa, presumiendo la ley, en su defecto, que existe y que es válida.

Una notable resolución de la Dirección General de Registros da entrada al contrato abstracto en nuestra técnica civil, para fundamentar la construcción unilateral de la hipoteca, autorizada en el inciso final del art. 138 de la Ley Hipotecaria.

Aún cabe encontrar en nuestra legislación otros contratos de este tipo: El afianzamiento civil, el aval cambiario y todo acto de garantía de un débito ajeno. Las promesas y reconocimientos de deuda. Los títulos al portador, y también en cierto sentido los *a la orden* (recuérdese el art. 480 del Código de Comercio). Otro tanto ocurre con el cheque considerado como contrato abstracto en el art. 535 del Código de Comercio. Y lo mismo puede decirse de ciertos documentos de giro que se comprenderían en lo que la técnica germana denomina "asignación" (*anweisung*).

Sin pretender penetrar en una fundamentación jurídica profunda del negocio abstracto, y puesto que ya incidentalmente a ella nos hemos referido, queremos apuntar cómo respondiendo su nacimiento a la necesidad de dotar de una mayor exigibilidad a determinados créditos independientemente de la construcción de una causa, vienen a ser en el momento actual un simple instrumento técnico de que se sirve el ordenamiento jurídico para conseguir uno de los dos fines que la filosofía del Derecho le señala: La seguridad jurídica. Es cierto que la ambición es pobre, pero el resultado práctico, y no hay que olvidar que el fin del Derecho es la ordenación de las relaciones entre los hombres, dotándolas cuando no sea posible de una justicia inmanente, de una trascendente seguridad. Nos place aquí recordar la afirmación de uno de los espíritus más delicados, Goethe, que prefería la mayor injusticia al menor desorden.

PEDRO ROCAMORA

Profesor de Derecho
de la Universidad Central.

(Continuará.)

Las disposiciones transitorias de la codificación española (*)

II

Tercera. "Las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código.

Cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna."

Sólo aplausos merece esta disposición, cuyo primer párrafo es una aplicación del principio básico penal, de que ningún delito sea penado ni sea tal sin una ley anterior que lo pene; por lo tanto, respecto a la pena es desde luego justa la disposición que aunque separa penalidad civil y privación de derechos, es bajo la común denominación de sanciones. Pero se nos presenta el caso de cambio de consideración legal de una institución, por ejemplo, la reserva ordinaria. Las disposiciones contra el cónyuge binubo eran en Derecho romano una pena "*poene secundarum noptiarum*" y tal carácter han tenido en nuestro Derecho, pero para nosotros no son una pena, sino unas medidas protectoras de una legítima adelantada de los hijos del primer matrimonio (1), y en este caso hipotético nos preguntamos si sería de aplicación el precepto. El Código expresamente resuelve la cuestión en la Exposición de motivos del Código civil reformado, en que dice que *la pena* de privar de la patria potestad a la madre binuba, establecida en el art. 168, no se aplicara a las que hubieran contraído segundas nupcias antes de

(*) Véase el núm. 172 de esta REVISTA.

(1) Ver mi trabajo sobre la reserva en esta REVISTA, antes dicho.

su publicación. Vemos, pues, que la consideración de ser una pena esta privación, se mantiene hasta últimos del siglo pasado y excluye la duda sobre la aplicación, que es inexcusable con tal criterio, de la disposición anterior, pero desde luego no como con error dice Scoevola (1), que al preguntarse el porqué de lo dicho en la Exposición de motivos del Código, contesta: "porque no podía menos de reconocerle un derecho adquirido; el de ejercer la patria potestad en pro de sus hijos."

Esto es un error completo, sin que le salve ese *en pro de*, como si sólo así fuese, en pro de los hijos; a pesar del provecho de los hijos, la madre no tiene ningún derecho adquirido a ejercer la patria potestad. Si el legislador la priva de él, en algún caso, por creerlo justo y conveniente a los hijos, no hay ninguna retroactividad ni ningún derecho adquirido lesionado. Este caso es, como hemos dicho, de penalidad civil y la pena no puede aplicarse a hechos anteriores al ser dictada; si, por ejemplo, se establece un nuevo motivo o causa de pérdida de la patria potestad, no se aplicará a un hecho ocurrido antes, no por un derecho adquirido del padre a ejercer la patria potestad *en pro* de sus hijos, como dice Scoevola, supuesto que caería por su base, en el caso dicho, que sería de privación de la patria potestad, precisamente por ejercerse en daño y perjuicio de los hijos, sino por ser una penalidad civil.

Por muy en pro del hijo que se ejerza la patria potestad *moderna*, ésta no es un derecho adquirido del padre; de otro modo, si, por ejemplo, una ley dispusiere que la mayoría de edad se tiene a los veinte años, ésta no se podría aplicar a los nacidos antes de su promulgación, porque los padres tendrían un derecho adquirido a ejercer la patria potestad *en pro* de sus hijos, según Scoevola, y, sin embargo, no creemos se dude de que si se rebajase la edad requerida para la mayoría de edad y con ello se adelantase el fin de la patria potestad, nadie sostendría que su aplicación a todos los antes menores que ya la tuviesen, fuese retroactiva, porque los padres tuviesen un derecho adquirido a ejercer la patria potestad en pro de sus hijos hasta los veintitrés años (2). La afirmación de Scoevola es un completo error.

Pero sigamos con lo propuesto. ¿Qué ocurrirá en el caso de que no se considere como pena lo que antes se consideraba como tal? Creemos

(1) Tomo I, pág. 119.

(2) Ver la quinta disposición transitoria.

que en tal caso no sería aplicable esta disposición tercera y entraría en vigor el principio general de aplicación inmediata, salvo el respeto a los posibles derechos adquiridos lesionados.

El segundo párrafo aplica la disposición más benigna en el caso de establecer penalidad civil ambas leyes, antigua y nueva. Distingamos. El hecho anterior, penado por la ley anterior, es también penado por la ley posterior, pero agravando la pena, en este caso se aplicará la ley anterior, porque la pena no debe aplicarse retroactivamente, pero y si la ley posterior atenúa la pena, ¿por qué se ha de aplicar esta ley posterior? No vamos a entrar aquí en el examen de teorías sobre la pena, ni en la de si en materia civil tendría aplicación la del llamado derecho a la pena; pero sí hemos de indicar que a nuestro juicio esta disposición en este caso será moral y ética, pero no jurídica en sentido estricto; es un beneficio dictado por consideraciones metajurídicas, que no juzgamos, ni menos naturalmente condenamos, *pero que no reconocemos* como jurídicas.

Cuarta. "Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código, subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, pero sujetándose en cuanto su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer a lo dispuesto en el Código. Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior y éstos fueren diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros."

Esta disposición es la que exige más atención para ser comprendida. Su segundo párrafo es puramente de materia procesal y dispone que iniciado y no terminado un procedimiento, si hubiese en las leyes procesales variación, podrán los interesados optar, porque se continúe y concluya el procedimiento con arreglo a la ley objetiva vigente en su iniciación o que se aplique a la tramitación posterior a la opción la nueva ley procesal. Como la disposición se refiere a los interesados, podría dudarse si se habla de interesados en plural, por referirse a todos los posibles actores en diferentes asuntos, o si al hablar de interesados se refiere a todos lo que lo sean en un asunto determinado. Opinamos que debe entenderse en este último sentido, porque así, debiendo concurrir todos los interesados para la aplicación de la nueva ley, se evitan cuestiones, posibles en los casos de pequeña variación procesal, que son en los que puede ocurrir, que el legislador no haya impuesto

como más conveniente, rápida o acertada la nueva tramitación. Fuera de este caso, que sin que haya retroacción, excluye el que pueda seguir el procedimiento por la ley procesal antigua, creemos, como hemos dicho, debe entenderse la disposición en el sentido de que para alterar el procedimiento ya en curso, cuando el legislador no haya dispuesto la aplicación inmediata de la nueva ley procesal, será preciso el acuerdo de todos los interesados, no por respeto a un derecho adquirido a una ley procesal, que no pende en sus formas, ni del actor, ni del demandado, y sí porque éstos, con el planteamiento del litigio, en cierto modo han aceptado de común acuerdo un determinado procedimiento y éste no debe variarse unilateralmente.

En principio, desde luego, la disposición es progresiva. Si el legislador dispone la aplicación de una nueva ley adjetiva, ésta no es retroactiva, y si por no juzgar necesaria tal disposición, puede seguir aplicándose la ley anterior, los interesados en el procedimiento ya entablado con arreglo a ella pueden optar por seguir el procedimiento o por la aplicación a él de la ley nueva.

El progreso sobre el Código procesal napoleónico, que en su artículo 1.041 disponía que las nuevas normas y formas procesales no serían aplicables a los procedimientos en curso, es evidente.

El principio de este párrafo segundo de la disposición cuarta había sido reconocido en el Real decreto de 3 de febrero de 1881, artículo 3.º, que disponía que las partes, de común acuerdo, podían optar por la aplicación inmediata de la nueva ley procesal; precedente que coincide con nuestra opinión. En materia criminal, igualmente el Real decreto de 14 de septiembre de 1882, artículo 4.º, disponía que en las causas no calificadas, aun siendo el delito anterior al 15 de octubre de 1882, podría el procesado optar por la aplicación del nuevo procedimiento.

En contra, pues, del error del Código procesal napoleónico, el procedimiento no es un derecho adquirido en nuestra patria, así dice la Exposición de motivos: "Si es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración y los procedimientos para hacerlos valer se eximan de los preceptos del Código. Todas estas disposiciones tienen carácter objetivo y sabido es que la leyes de esta especie pueden tener efecto retroactivo.

Sin embargo de esta declaración final, el Código no será aplicable

en general en su parte objetiva, sino que, como hemos visto, esta disposición transitoria distingue: derechos no ejercitados aún y derechos pendientes de procedimientos judiciales. En este caso, a pesar de lo dicho en la Exposición, no se aplicará la ley nueva sin acuerdo de las partes, y en el primer caso a derechos aunque nacidos, no ejercitados aún, se aplicará inmediatamente a su ejercicio, duración y procedimiento las disposiciones del Código, no retroactiva, sino inmediatamente.

El Tribunal Supremo, en Sentencias del 30 de junio de 1897 y 22 de noviembre de 1901, dice que por esta disposición se da efecto retroactivo a las leyes que se refieren al ejercicio, duración y procedimiento para hacer efectivos derechos y acciones nacidos y no ejercitados antes del Código.

Hemos querido, con sus precedentes, exposición del criterio de sus autores, texto legal e interpretación jurisprudencial, poner de relieve que la disposición se refiere al modo de ejercicio, duración y procedimiento y que su alcance, dado el texto y la Exposición de motivos, es el de referirse al aspecto adjetivo de los derechos, aunque es manifiesta la mala redacción de esta disposición, que hace casi imposible el poder precisar su alcance. Se dice en ella, que las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados se sujetarán en cuanto a su ejercicio y duración a lo dispuesto en el Código, y, sin embargo, dice al par, que subsistirán con la extensión y en los términos que les reconocía la legislación precedente, y estas dos disposiciones de la misma, a las que he alterado el orden de colocación en ella para hacer más fácil al lector su consideración y comparación y que se suceden en la misma disposición transitoria, son contradictorias. Si el ejercicio y duración de un derecho ha de sujetarse a lo dispuesto en el Código, y el Código lo modifica, será imposible que aquél subsista en la extensión y en los términos de la ley antigua.

Tenemos aquí una confusión a causa de equiparar duración y ejercicio de un derecho con procedimientos para hacerlo valer. El procedimiento puede variar subsistiendo los términos y extensión del derecho, pero la duración y ejercicio es imposible que varíen y que al par subsistan los términos y extensión del derecho; hay, pues, que suponer a los tres términos incluidos en el último, o sea en el procedimiento, entendiendo por ejercicio el procesal de la acción y por duración la del término procesal por la prescripción. El Tribunal Supre-

mo, en Sentencia del 31 de enero de 1903, declaró que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 3.º del Código, las disposiciones transitorias dan efecto retroactivo a disposiciones del Código sobre duración de acciones y derechos nacidos y no ejercitados antes del Código, doctrina aplicable con más razón a las prescripciones, por el art. 1.939, siempre que el plazo necesario transcurra después de su vigencia.

Pero a pesar de esa salida de considerar sólo materia procesal que se nos ocurre para evitar la contradicción, la disposición es terminante, disponiendo sin interrupción dos cosas contradictorias, como son: el que un derecho subsista sin alterar su extensión, y que al par se altere su duración y ejercicio, y hemos de salir de la contradicción sacrificando uno de los opuestos; nosotros optamos por la aplicación de la ley nueva; es decir, que para nosotros la disposición debía leerse: "Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código, se sujetarán en su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer a lo dispuesto en el Código, aunque se altere con ello la extensión y los términos en que los reconocía la legislación precedente."

Esta solución, que adoptamos por creerla más progresiva, para salir de la contradicción, confesamos que no tenemos para ello fundamento legal para sostener que fuese la querida por el legislador, y no la opuesta, de que dado que ordena la subsistencia en la extensión y términos que reconozca el antiguo derecho a la acción o derecho, el nuevo derecho sólo se aplicará, desde luego, al procedimiento para hacerlo valer, pues éste nunca es derecho adquirido, y a su ejercicio y duración sólo se aplicará en tanto que la aplicación no altere en estos extremos su extensión según el derecho anterior.

Para saber cuál de los dos criterios para resolver la contradicción es el legal, tendríamos que poder fijar el alcance y significado que para el legislador español han tenido las palabras que emplea de derecho nacido y no ejercitado. Creemos, y por eso dijimos al principio, que esta disposición precisaba atención y aclaración, que sus autores no se han dado clara cuenta de la contradicción que encerraba y la importancia de los problemas que planteaba. De otro modo, hubieran sido más cuidadosos en su redacción, evitando la contradicción que hemos señalado y evitando también el unir como calificados por las palabras *nacidos y no ejercitados*, acciones y derechos, como si los efectos fuesen iguales para un derecho que para una acción, poniendo primero la acción como más acorde con la materia adjetiva de la dispo-

sición, pero introduciendo la palabra derecho, planteando con ello el grave problema de si es que el legislador atribuye al ejercicio de un derecho el mismo efecto que el ejercicio puede tener para una acción.

La acción ejercitada parece más fuerte que la no ejercitada para el cambio procesal. Esta queda sujeta a la nueva ley; aquélla, no, si no es por acuerdo de las partes. ¿Es que el derecho, también, si ha sido ejercitado "subsiste con arreglo a la extensión y en los términos que le reconociera la legislación procedente", y si no ha sido ejercitado "se sujetará, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimiento, para hacerlo valer, a lo dispuesto en el Código"? ¿Qué ha querido expresar el autor o autores de la disposición cuarta con su distinción de derecho nacido ejercitado y derecho nacido y no ejercitado (1) antes de regir el Código? ¿Qué realidad consideraba o qué distinción real quiso establecer?

El derecho nacido es una cosa, adquirido es otra, ejercitado es otra, distinguibles aunque a veces aparezcan al par. La distinción clásica, aparte de la de expectativa, era entre adquirido y no adquirido; la expectativa, en cierto sentido, entra en el concepto de no adquirido; la adquisición es el límite de la expectativa, pero ahora aparece una nueva distinción, la de derecho nacido. ¿Es éste distinto de adquirido? Creemos que no fué éste el pensamiento del legislador. Nacido parece excluir al en expectativa; nacido parece equivaler para él a adquirido; la Exposición distingue sólo entre adquiridos por el ejercicio posterior de éstos, es decir, entre adquirido ejercitado y no ejercitado, que es también la que parece ser distinción del legislador a los efectos de la disposición cuarta. La distinción para estos efectos pende del ejercicio, no de la adquisición. El derecho es, ya ha nacido, es según ello parece implicar adquirido; ahora bien, aun siendo adquirido, ¿ha sido o no ha sido ejercitado? Creemos es esa la distinción del legislador.

De otro modo, tendríamos, sin más fundamento que esta disposición cuarta, una distinción entre expectativa de derecho, derecho nacido, derecho nacido y adquirido, derecho nacido y adquirido no ejercitado y derecho nacido, adquirido y ejercitado, y que por otra parte sólo el que reuniese estas tres condiciones merecería propiamente el

(1) Creemos que en esta distinción debió influir en Silvela el precedente de lo dispuesto en el Código civil argentino, al que hizo referencia en la discusión, como vimos, y quizá, aunque no podemos saber si directamente, la teoría de Merlin de Donai sobre adquisición por ejercicio.

nombre de derecho adquirido. No creemos que nuestro legislador haya dominado conceptualmente estas distinciones, y que sólo ha distinguido entre adquiridos y no adquiridos y en esta disposición usa nacido como adquirido, ya que dispone que el derecho nacido antes del Código subsistirá con la extensión y en los términos que le reconociera la legislación anterior.

Esto aceptado, es innegable que aunque con ello hemos adelantado mucho para la inteligencia de lo que el legislador español ha querido expresar con los términos de derecho nacido y no ejercitado, para la inteligencia del contenido del concepto expresado no hemos adelantado gran cosa, porque *es indudable* que la cuarta *disposición transitoria* distingue derechos nacidos ejercitados y no ejercitados, y aunque pongamos en nacido el contenido de adquirido, como hemos dicho antes y parece reconocer la Sentencia del Tribunal Supremo del 31 de enero de 1903, éste pierde firmeza con la distinción con que nos enfrentamos de derechos adquiridos ejercitados y no ejercitados. ¿Qué significado y alcance tiene ésta?

Con nuestro criterio, dado que de otro modo se esfuma la distinción entre derecho nacido y expectativa, al no ser tampoco aquél adquirido, hemos de partir del supuesto de que el derecho nacido es adquirido, que ya no es una expectativa, sino un derecho, derecho que ha nacido y que con el nacimiento puede ser adquirido por acto del titular que no sea su ejercicio. En efecto; con un ejemplo se verá manifiesto. Yo contrato y estipulo la compra de un inmueble; mi derecho de propiedad ha nacido y es adquirido en mí desde la celebración del contrato; pero yo no he hecho aún ningún acto propio de dueño, no he ejercitado aún mi derecho ni he actuado ejercitando ninguna de las facultades y las acciones de que dispongo como dueño. Creemos que esta es la situación que refleja el precepto, la que consideraba el autor de la disposición.

La disposición cuarta transitoria se refiere al caso del no ejercicio del derecho, para no estando adquirido el ejercicio, digámoslo así, poder someter su futuro ejercicio a las nuevas disposiciones, respetando, sin embargo, el derecho nacido y adquirido. Pero aun así, aun no creyendo, como podía creerse por el precedente argentino, que el ejercicio del derecho determine la adquisición, sino que puede existir teóricamente el derecho nacido, adquirido y no ejercitado, ¿qué influencia tendrá el ejercicio en el derecho ante un cambio legislativo?

Si no hay cambio legal, no hay cuestión. En la extensión de un derecho, salvo las prescripciones contrarias y salvo los casos en que el modo de ejercicio puede influirle por dar lugar a intereses y derechos opuestos, casos ambos que no interesan a nuestra actual consideración. en la extensión del derecho, repetimos, no hay alteración porque sea o no ejercitado; si hasta hoy no lo fué, puede serlo en todo momento. en todo su ámbito legal posible. Pero si hay una alteración legal, vemos que al admitir una distinción entre derecho ejercitado antes o aún no ejercitado, y aunque haya derecho adquirido sin ser ejercitado, parece ser más adquirido el que lo fué, y el otro, al no ser firme su extensión ni adquirido su ejercicio, sólo resta como adquirido el nombre vacío, y el derecho parece esfumarse como adquirido, y además tal distinción fuerza para eludir lo dicho a una nueva, entre dos clases de derechos adquiridos; unos, en que es adquirido el derecho. pero no su modo de ejercicio, y otros, en que es adquirido tanto el derecho como el modo de ejercicio y real efectividad jurídicoeconómica del mismo. Es una lástima que el legislador español, mal aclarado por el señor Silvela, que no salía apenas del campo de la testamentificación y en él lamentablemente hablaba de derechos adquiridos a tal o cual forma de testar, aun sin haber testado, considerando eso posible, no haya visto la profunda diferencia entre unos y otros casos y no haya evitado el peligro de la confusión entre vocación, expectativa y derecho nacido y no ejercitado, y que dados los precedentes, no haya profundizado en la distinción y haya, después de bien planteado, expresado claramente su decisión sobre la misma, distinción que podía haber sido útil y fecunda de haberla dominado teóricamente, en vez de ocuparse de ella de pasada. Las disposiciones transitorias especiales son la quinta a la décimasegunda, inclusives.

ANTONIO MARTÍN MONROY.

Notario.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1942.—*Cosa juzgada.*

“A la tesis mantenida en el primer motivo del recurso hay que oponer que la distinción entre resoluciones judiciales con efectos tan sólo de cosa juzgada en sentido formal y con efectos además de cosa juzgada sustantiva o material ha tomado carta de naturaleza en nuestro derecho, ya que el concepto exclusivamente formal lo ampara el art. 408 de la Ley de Enjuiciamiento civil, refiriéndolo a soluciones firmes o no susceptibles de impugnación por no haber sido recurridas en tiempo, caso asimilable, por prescripción del art. 369, párrafo 5.º, al de resolución que por su naturaleza no sea recurrible, y asimilable también a casos de desistimiento y caducidad del recurso, a que aluden los arts. 409, 840 y 1.716, supuestos todos en que la resolución judicial lleva aneja la posibilidad de ejecución en cuanto al caso resuelto; pero no siempre tiene fuerza obligatoria en un proceso futuro, bien porque la Ley se la niega, como en los casos contemplados en los arts. 33, 1.479, 1.558, 1.617, 1.658 y concordantes de la misma Ley procesal, bien porque entre el pleito anterior y el ulterior no concurre la triple identidad—*eadem res, eadem causa, eadem persona*—que el art. 1.252 del Código civil, con técnica ya rebasada de presunción de verdad, exige para que pueda ser apreciada la cosa juzgada en sentido material, caracterizada por constituir una barrera que impide al Juez del nuevo pleito, en trance de sentencia, toda actividad jurisdiccional sobre el asunto litigioso ya decidido en pleito anterior. Con referencia concreta a la cosa juzgada en sentido material, es corriente establecer la identidad de cosa y causa—identidad objetiva—, confrontando las acciones ejercitadas en los dos procesos; y si este método es tolerable en casos normales de sentencia firme que resuelve en forma congruente, por absolución o por condena, las cues-

tiones planteadas en el primer pleito, no es, en cambio, admisible en los supuestos anormales de primera sentencia incongruente, bien porque no decida todas las cuestiones deducidas en el proceso, bien porque resuelva cosa diferente de la pedida, o a base de "causa petendi" distinta de la alegada: por lo que la confrontación procedente para apreciar la identidad objetiva se ha de realizar siempre, como norma segura de enjuiciar, entre lo resuelto en el primer pleito y lo pedido en el pleito posterior, según resulta de los términos en que está concebido el art. 1.252 del Código civil y según es, además, de buen sentido, ya que no cabe referir la cosa juzgada a resoluciones que por cualquier motivo *no juzgaron*, esto es, no decidieron nada sobre el punto controvertido en el pleito ulterior en que la excepción es invocada. Para fijar el alcance y el sentido del fallo absolutorio dictado en el pleito que inició el Ayuntamiento de Noguerauelas en el año 1930 contra el actual recurrente y otros, es preciso acudir a su motivación o razonamiento de hechos y de derecho que lo sustentan para venir en conocimiento de que el juzgador en aquel pleito estimó, con acierto o con defecto de poder—en lo que no cabe entrar en este recurso por el carácter inmutable de la sentencia firme—que la acción ejercitada por la demanda era la de nulidad de la información posesoria del monte en litigio por razón de vicios formales del expediente, los cuales no aparecían justificados ni en todo caso procedería a su juicio tal nulidad por haber sido pedida en procedimiento distinto de aquel en que los vicios de forma se decían cometidos; y con estos antecedentes es de notar que, al absolver de la demanda, se limitó el Juzgado a desestimar la nulidad del expediente posesorio en su aspecto formal, absteniéndose de examinar y decidir acerca de las relaciones jurídicas dimanantes de la posesión y dominio del monte, respecto de las que reservó a las partes, expresamente en el considerando cuarto e implícitamente en el fallo, las acciones procedentes. Dados estos presupuestos no puede prosperar la excepción de cosa juzgada material en los presentes autos; y por lo tanto procede la desestimación del primer motivo del recurso: Primero: Porque la acción reivindicatoria del monte, ejercitada en este pleito, no ha sido objeto de pronunciamiento en la sentencia dictada en el pleito anterior, y, por lo mismo, al faltar la identidad objetiva entre los dos procesos, el fallo del primero adquirió rango de cosa juzgada formal, y aun de cosa juzgada material respecto de la acción de nulidad de la información posesoria por

vicios formales que desestimó; pero no impide la resolución del tema reivindicatorio discutido en estos autos, y segundo: Porque, si bien en los dos juicios se pidió la nulidad de la información posesoria del monte y la cancelación de las instrucciones derivadas de la aprobación del expediente, es de tener en cuenta que en el primer pleito se desestimó la acción de nulidad sobre la base de que había sido pedida solamente por vicios extrínsecos, y en este pleito se solicitó la nulidad como consecuencia fundamentalmente de la declaración del dominio del monte en favor del Ayuntamiento, esto es, con diversidad de "causa petendi", lo que determina compatibilidad perfecta entre el fallo absolutorio del primer pleito y el estimatorio de la nulidad en estos autos."

La sentencia, cuyos resultados nos parecen acertados, ofrece cierto interés teórico, habida cuenta de su primer y segundo considerando.

El primer considerando distingue la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material. Quizás no esté de más aumentar la distinción dual por un tercer miembro: la sentencia definitiva. Esta tricotomía constituye una serie escalonada de conceptos de guisa que *sentencia definitiva* es aquella resolución judicial que termina una instancia; *sentencia con efecto de cosa juzgada formal* (o sentencia firme) es aquella sentencia definitiva que no es recurrible—téngase en cuenta que la revisión, pese al título XXII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil, no es un recurso, sino un nuevo proceso—; siendo, finalmente, *sentencia con efecto de cosa juzgada material* aquella sentencia definitiva y firme que vincula a cualquier Tribunal en cualquier nuevo proceso, con tal que sea idéntico al primero en los tres extremos de cosas, causas y partes. Mencionemos, de paso tan sólo, que no sólo las sentencias pueden poseer los efectos de cosa juzgada formal y material, sino también otras resoluciones judiciales (1). También sea dicho meramente a título de digresión que el término "firmeza" nos parece preferible a la voz "cosa juzgada formal"; por un lado, porque la Ley española conoce sólo la expresión "firme" (2), siendo la otra una traducción del concepto alemán de "formelle Rechtskraft", y por otro

(1) Los artículos 840, párrafo 2.º, 1.162, párrafo 2.º, de la ley de Enjuiciamiento civil, conocen "autos firmes".

(2) Véanse, por ejemplo, los artículos 369, penúltimo párrafo, 840, párrafo 2.º, de la ley de Enjuiciamiento civil. El artículo 408 del mismo Cuerpo legal piensa en la cosa juzgada material, aunque debiera referirse a la firmeza.

lado, porque el término de "cosa juzgada formal" ostenta un parentesco falso con el concepto de la "cosa juzgada material", que, aunque supone el de cosa juzgada formal, no deja de ser esencialmente diferente de éste.

El mismo primer considerando critica la concepción de la cosa juzgada material como presunción de verdad (art. 1.251, párrafo 2.º del Código civil). Con esta crítica recoge el Tribunal Supremo la opinión de muchos y prestigiosos autores (véanse James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, pág. 174; Prieto Castro, *Der. Pr. C.*, 313). En efecto, sólo hechos pueden ser objeto de presunciones. La cosa juzgada material, en cambio, se refiere a la existencia e inexistencia de derechos subjetivos. Sin embargo, podemos sacar partido de la concepción del Código civil de suerte que nos brinda un argumento a favor del enfoque procesal de la cosa juzgada material (tesis de Stein y Hellwig) y en contra del ángulo material de dicha institución (tesis de Pagenstecher). La tesis material de la cosa juzgada material cree que la sentencia dotada de dicho efecto repercute sobre el Derecho material (lo que explica su nombre) o confirmando el caso que la sentencia fuera justa, o modificándolo con arreglo a su contenido en el supuesto contrario. Muchos y graves son los argumentos que pueden levantarse contra esta tesis material. He aquí tres: 1.º Según la tesis de Pagenstecher, el Código civil debería enumerar la sentencia injusta como fuente de obligaciones, lo que no concuerda con el art. 1.089; 2.º Según la misma tesis, el Código civil debería enumerar la sentencia injusta como causa de cancelación de las obligaciones, lo que no concuerda con el art. 1.156; 3.º Según la tesis de Pagenstecher, la cosa juzgada no puede concebirse como una presunción, puesto que la presunción pertenece al Derecho procesal (mejor dicho, al Derecho judicial material) y no al Derecho privado. El Derecho positivo español rechaza, por ende, la tesis material de la cosa juzgada material, y escoge más bien el enfoque procesal, según el que el efecto de cosa juzgada obra meramente sobre un nuevo proceso. Ahora bien, algunos (Rosenberg) creen que la cosa juzgada impide una nueva sentencia sobre el fondo (*efecto negativo o fuerza consuntiva de la cosa juzgada*): mientras que otros estiman que la cosa juzgada impide sólo una sentencia sobre el fondo diferente de la primera (*efecto positivo de la cosa juzgada*). La Ley de Enjuiciamiento civil adopta la teoría del efecto positivo, al concebir la excepción de cosa juzgada como excep-

ción perentoria (art. 544, párrafo 2.º), y al estimar motivo de casación sólo la *contrariedad* del fallo a la cosa juzgada (art. 1.692, número 5.º) a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento criminal que elige la teoría del efecto negativo al incluir la cosa juzgada en la categoría de los artículos de previo pronunciamiento (art. 666, núm. 2.º).

El segundo considerando trata de los documentos procesales, de los cuales se puede desprender lo que era el objeto del primer proceso. Normalmente—dice la sentencia—examinaremos la acción ejercitada, es decir, los escritos de la fase expositiva; pero en casos especiales hemos de recurrir a la misma sentencia, lo que es siempre recomendable como “norma segura de enjuiciar”. Sin duda alguna, el Tribunal Supremo tiene razón. No obstante, las dudas no terminan con ello. ¿Hemos de examinar sólo el fallo de la sentencia, aun interpretándole mediante los fundamentos de aquélla, o hemos de tener en cuenta tanto el fallo como los fundamentos de la sentencia? La teoría dominante restringe el efecto de cosa juzgada a la parte dispositiva de la sentencia (véase p. ej. Prieto Castro, 1., c., págs. 315, 316). La teoría opuesta ha sido defendida por Savigny (“*Traité de Droit romain*”, trad. francesa. París, 1859, tomo VI, pág. 253 y sigs.) con argumentos dignos de atención.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de enero de 1939.

EL HECHO DE MANIFESTAR UN PRESUNTO HEREDERO QUE ESTÁ DISPUESTO A FACILITAR LA LIQUIDACIÓN DE LA HERENCIA, TAN PRONTO COMO HAYA CERTEZA DE LA DEFUNCIÓN DEL CAUSANTE, ES BASTANTE PARA INTERRUMPIR LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A LIQUIDAR, AUN CUANDO LA PRUEBA DE LA DEFUNCIÓN SE ADQUIERA DESPUÉS DE LOS QUINCE AÑOS DE HABER OCURRIDO.

ANTECEDENTES.—Este singular caso se originó de la siguiente manera: una Oficina liquidadora, noticiosa de que D. J. M. había fallecido, ofició a los presuntos herederos requiriéndoles con fecha 30 de marzo de 1935 para la presentación de la correspondiente relación de bienes, y uno de ellos, en carta de 18 de junio siguiente, manifestó que ni él ni sus hermanos coherederos sabían si D. J. M. vivía o no ni su paradero y que estaba dispuesto a facilitar los datos pedidos una vez que se acreditase la defunción. Al mismo tiempo, acompañó carta del Director de un Manicomio, de la que resultaba que aquél había estado recluso en el establecimiento en los años 1914 y 1915.

El Liquidador continuó el expediente de investigación y ofició en 21 de octubre a otro Manicomio interesando noticias del D. J. M., obteniendo contestación de fecha 26 del mismo mes acreditativa del fallecimiento en 27 de septiembre de 1920.

Con tales antecedentes y la oportuna investigación de los bienes relictos giró la Oficina liquidadora las liquidaciones, las cuales fueron recurridas, alegando, entre otros particulares, que no interesan a los

finés de este comentario, que había prescrito la acción para exigir el impuesto, porque la Administración no tuvo certeza de la muerte del causante hasta que se recibió el oficio del director del Manicomio de fecha 26 de octubre de 1935 en el que se participaba que el fallecimiento había ocurrido en 27 de septiembre de 1920; es decir, que cuando el hecho fué oficialmente conocido, habían transcurrido más de quince años de la defunción.

En primera instancia fué desestimado el recurso por la razón de que si bien entre el fallecimiento—27 de septiembre de 1920—y el conocimiento oficial del hecho—octubre del 35—habían transcurrido más de quince años, es de tener en cuenta que la prescripción se interrumpió con el requerimiento que el Liquidador hizo en marzo de 1935, antes, por tanto, de consumarse el plazo de prescripción.

En segunda instancia, los recurrentes reforzaron su tesis con el argumento de que las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la ley, conforme al art. 1.961 del Código civil, añadiendo que en las extintivas o liberatorias basta el factor tiempo, que la certeza del hecho no se tuvo hasta después de quince años y que el tiempo de la prescripción se cuenta en toda clase de acciones desde que pudieron ejercitarse, según dispone el art. 1.969 del Código civil.

El Tribunal central insiste en que hubo interrupción de la prescripción nacida, según el párrafo tercero del art. 143 del Reglamento, del reconocimiento hecho por el contribuyente de la obligación de satisfacer el impuesto.

En cuanto al argumento basado en el art. 1.969 del Código civil, que los reclamantes esgrimían para demostrar que la validez de las actuaciones investigadoras estaba supeditada a la fecha de 26 de octubre en que la Administración se cercioró del fallecimiento, y, por tanto, deducir que cuando aquéllas pudieron válidamente empezar ya estaba la acción prescrita, dice la Resolución que tal argumento se revuelve contra aquéllos, pues que si la investigación no pudo iniciarse hasta aquella fecha, tampoco la prescripción debió empezar a correr hasta esa misma fecha.

COMENTARIOS.—Pocos son los que el caso permite, dada su simplicidad. Los dos argumentos que se acaban de exponer nos parecen un tanto descentrados. Del hecho del fallecimiento, conózcalo o no la Administración, es de donde arranca la prescripción por ministerio de la ley, y no queda supeditada más que a dos eventos, que son: el re-

conocimiento por el contribuyente de la obligación de tributar, y la práctica de diligencias investigatorias. Y como esos dos motivos de interrupción concurrieron en el caso de que se trata, es ocioso buscar razonamientos que necesariamente han de estrellarse ante aquellas dos realidades.

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

LA PRESUNCIÓN DE COPROPIEDAD EN LOS DEPÓSITOS INDISTINTOS QUEDA DESVIRTUADA SI UNO DE LOS COTITULARES DISPONE DE ELLOS EN SU TESTAMENTO LEGÁNDOLOS COMO DE SU EXCLUSIVA PROPIEDAD, AUNQUE TALES DEPÓSITOS SE MENCIONEN EN EL TESTAMENTO COMO INDISTINTOS.

ANTECEDENTES.—El causante, fallecido en 1.º de enero de 1936, había otorgado testamento ológrafo en 26 de mayo de 1934, en el que decía que poseía un capital de unas cien mil pesetas, representado, entre otros bienes, por varios depósitos de valores que figuraban indistintamente con otros titulares, y después de distribuir en legados dichos bienes, menciona el importe de los valores, acciones y bonos en que consistían, sin indicar que en ellos solamente le correspondía la mitad.

En la relación de bienes para la liquidación del impuesto se consignó como valoración el 50 por 100 de tales depósitos, y la Oficina liquidadora tomó como base, ello no obstante, su total importe.

La liquidación fué recurrida invocando la presunción "juris tantum" del art. 77 del Reglamento, según la que la propiedad en tales casos pertenece por iguales partes a los cotitulares, y alegando que en fuerza de tal presunción los favorecidos con ella estaban relevados de toda prueba, sin que basten a destruirla las manifestaciones unilaterales del causante.

El Tribunal provincial estimó lo contrario, invocando, junto con dicho art. 77, el párrafo 15 del art. 31 del Reglamento sobre la ineficacia de la declaración hecha por los herederos de que determinados bienes no forman parte del caudal hereditario, y dedujo la conclusión de que la manifestación del causante correspondía destruirla a los otros titulares o a los herederos en la forma adecuada y fehaciente que el

mismo párrafo previene, y entendió que esa forma, en aquel caso, era la de aportar las correspondientes pólizas de compra de los valores.

El Tribunal central insistió en el mismo criterio, añadiendo a los razonamientos anteriores la norma que da el art. 675 del Código civil cuando dice que toda disposición testamentaria habrá de entenderse en su sentido literal, a no ser que claramente aparezca ser otra la voluntad del testador.

COMENTARIOS.—Para dar un juicio completo del problema y de la interpretación a que acaba de hacerse referencia sería menester conocer con exactitud el testamento y el completo detalle de los antecedentes del caso, con más precisión de la que en la Resolución tienen. Sin esos elementos, y juzgando solamente con los que en ella aparecen, nos parece que los antedichos razonamientos no son todo lo concluyentes que fuera de descart, puesto que la presunción del art. 77 no puede quedar neutralizada con una disposición testamentaria que no sea perfectamente diáfana, máxime si fuera verdad, como los reclamantes decían, que algunos de los depósitos eran de fecha posterior al testamento. Esta presunción es la que, a nuestro entender, encierra todo el problema que en el caso se debatía. Si se le ha de reconocer el efecto que naturalmente tiene, o sea, la relevación de prueba al favorecido con ella, no se les puede exigir a los reclamantes, como se dice en alguno de los argumentos esgrimidos, que exhiban las pólizas de compra de los valores cuestionados, porque tal exigencia equivale a invertir los efectos de la presunción, o, lo que es lo mismo, a destruirla.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1941.

EL SUMINISTRO DE COSAS MUEBLES HECHO A UN CENTRO OFICIAL, MEDIANTE CONCURSO. PLIEGO DE CONDICIONES. OFERTA POR ESCRITO. UNA ADJUDICACIÓN Y UN ACTA EN QUE ÉSTA SE HACE CONSTAR, Y FINALMENTE UN DEPÓSITO CONSTITUIDO POR EL ADJUDICATARIO, NO ES ACTO COMPRENDIDO EN LAS EXENCIONES DE LOS NÚMEROS 5.º Y 6.º DEL ART. 6.º DEL REGLAMENTO, EN RELACIÓN CON SU ART. 25.

ANTECEDENTES.—Esta sentencia de la Sala tercera fué originada por el siguiente caso: al Abogado del Estado de Las Palmas se le dirigieron 85 escritos comprensivos de otras tantas denuncias contra D. S.,

fundadas en que había celebrado ese número de contratos con la Junta de Plaza y Guarnición para suministro de carbón, petróleo, etc., sin que por tales actos se hubiera satisfecho el impuesto correspondiente.

En el trámite de vista el denunciado alegó que los contratos mencionados no estaban sujetos al pago por aplicación del art. 6.º, número 8.º del Reglamento, ya que esas compras las hacía la expresada Junta previos anuncios para la adquisición de artículos por gestión directa, de acuerdo con la R. O. de 14 de enero de 1930, en los cuales lo único que se exigía a los suministrantes era estar al corriente en el pago de la contribución industrial y pagar el 1.30 de impuesto de pagos al Estado, y añadió que no se trató de un contrato de suministro y que entre las referidas compras de la Junta y las que ella podía hacer en un establecimiento no había diferencia esencial, sino la formal de una mayor garantía para el Estado que aquéllas ofrecen.

La Abogacía del Estado estimó la denuncia y calificó como transmisiones de bienes muebles liquidables por el núm. 46 de la Tarifa con multas iguales a las cuotas, ya que no se trataba de contratos verbales o celebrados por correspondencia o en establecimientos o sitios públicos de venta, y reconoció al denunciante el derecho a percibir la totalidad de las multas.

Interpuesta reclamación, el Tribunal provincial recabó de la Junta de Plaza y Guarnición las circunstancias de los aludidos contratos y manifestó ésta que las compras las efectuaba siempre por gestión directa y, para mayor concurrencia de vendedores, las hacía públicas por medio de anuncios, llevándose a cabo las adjudicaciones de palabra a presencia de aquéllos y de la Junta y levantándose la correspondiente acta.

El Tribunal provincial revocó el acuerdo impugnado y absolvió al denunciado, estimando que se trataba de ventas directas con oferta por correspondencia y aceptación verbal: pero los Abogados del Estado—Vocal y Secretario del Tribunal—formularon voto particular contra el fallo por la razón de que aunque no se tratase de contratos de suministro, era innegable que la existencia de anuncios y pliego de condiciones implicaba la garantía de un concurso.

Comunicado el fallo a la Dirección General de lo Contencioso, ésta interpuso recurso de alzada ante el Tribunal Central Económico-Administrativo, fundándose en que bajo el concepto de gestión directa caben modalidades verbales y escritas, y dentro de éstas la de corres-

pondencia y la de documentos públicos; en que del informe de la Junta de Plaza y Guarnición no se deducía que las ofertas hubiesen sido hechas por correspondencia, sino por escrito, ni que los contratos se habían celebrado en establecimiento o sitio público de venta, sino concurriendo los vendedores ante la Junta; en que ésta notificaba la adjudicación a los vendedores, extendiendo acta con la oferta y la aceptación, siendo documentos públicos las copias de esas actas, a tenor del art. 1.216 del Código civil y del núm. 4 del 596 de la ley de Enjuiciamiento civil, y en que tales copias podían servir de garantía a los vendedores de las obligaciones contraídas por la Junta, garantía de la que carecen los contratos verbales o por correspondencia exclusivamente.

El Tribunal central revocó el fallo del provincial y confirmó la resolución dictada por la Abogacía del Estado, con la modificación de que las multas exigibles eran del 30 y no del 100 por 100 de las cuotas, y la participación del demandante en ellas, de la tercera parte.

Interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo, la Sala tercera desestima el recurso y confirma la resolución del Tribunal central.

Analiza en primer lugar la Sala si al caso puede serle aplicable, cual si se tratara de contratos verbales, la exención del núm. 5.º del artículo 6.º del Reglamento, y entiende que no, porque las exenciones han de interpretarse restrictivamente y aplicarse solamente cuando el caso aparezca completamente claro, lo que no ocurre en el de autos, ya que media un pliego de condiciones, oferta por escrito y en pliego cerrado, una adjudicación y un acta en que consta, y finalmente un depósito del adjudicatario para responder de sus obligaciones; todo lo cual demuestra que existe un expediente administrativo donde por lo menos constan por escrito la oferta y la aceptación.

En segundo término estudia la cuestión en relación con el número 8.º del mismo art. 6.º del Reglamento, aplicable a los contratos privados sobre mercaderías que se verifican por correspondencia o en establecimientos o sitios públicos de venta, y estima que esas circunstancias no se dan en el caso estudiado, ya que ni se ha mantenido correspondencia, en la acepción pura del vocablo, entre el vendedor y la Junta, ni las ofertas se hicieron por ese medio epistolar, sino directamente ante la Junta por un pliego cerrado con las proposiciones de venta, ni ésta se celebró en establecimiento o sitio público, sino ante

la propia Junta, sin que por fin obste a todo lo dicho la R. O. de 14 de febrero de 1930, puesto que se refiere al pago de la contribución industrial, sobre la que no versa la discusión.

COMENTARIOS.—A la doctrina que sienta la interesante sentencia que acabamos de exponer, nada tenemos que oponer, antes bien la consideramos perfectamente adaptada al espíritu de las exenciones reglamentarias que analiza con claros y detallados razonamientos, aun teniendo en cuenta que fué dictada aplicando el Reglamento anterior al actual, o sea, el de 1932. Decimos esto porque, conforme al vigente, la duda o cuestión que en la reclamación se planteó no nos parece que tendría razón de ser, dado que, como es sabido, su art. 48 ha sido ampliado con un apartado—el 3)—en el cual se prevé que será exigible el impuesto en los contratos de suministro y ventas de bienes muebles al Estado, con tal que exista cualquier diligencia o actuación administrativa escrita, determinante de la oferta y la aceptación; con lo cual queda mejor acotado el campo de las exenciones de los números 5.º y 8.º del art. 6.º del mismo Reglamento, referentes a contratos privados sobre mercaderías, bien verbales, bien por correspondencia, en establecimientos o sitios públicos de venta, y queda también cerrado el paso a muchas discusiones nacidas de la aplicación de esos preceptos.

En cambio, no podemos prestar la misma aquiescencia y aplauso al fallo del Tribunal Económico-Administrativo Central en cuanto reforma el acuerdo de la Abogacía del Estado en el extremo relativo a la participación del denunciante en la multa y a la cuantía de ésta: el Abogado del Estado determinó que fuera igual a la cuota y la atribuyó íntegramente a aquél, mientras que el Tribunal central reduce la multa al 30 por 100 de la cuota y fija la participación del denunciante en la tercera parte de ella.

Nuestra falta de conformidad nace, en cuanto a la participación, de que, según el voto particular de los Abogados del Estado ante el Tribunal provincial, el denunciante había cumplido las obligaciones reglamentarias y “aportado los documentos necesarios”, es decir, llenado los requisitos todos que exige el art. 173 del Reglamento—166 del antiguo—para tener derecho a percibir el importe íntegro de la multa.

Y por lo que hace a la cuantía de esa sanción pecuniaria impuesta al denunciado, no se comprende cómo pudo cifrarse en el 30 por 100 de la cuota, si se tiene en cuenta lo previsto acerca del particular en

el art. 221 del actual Reglamento, idéntico al 214 del precedente, que fué el aplicado, puesto que, según él, y aun dándole la interpretación más favorable al denunciado, habría que aplicarle a éste el núm. 3.º que prevé la multa del 50 por 100 cuando los documentos liquidables se presentan a requerimiento de la Administración, fuera de plazo naturalmente, como tiene que ocurrir para que pueda existir requerimiento y también denuncia estimable.

Sea como quiera, quede ahí nuestra apostilla en mera duda u observación, dado que no conocemos el expediente íntegro para poder opinar con los mismos elementos de juicio que tuvieron a la vista los Abogados del Estado y el Tribunal central.

JOSÉ M.ª RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

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

V A R I A

SEMANA DE DERECHO ARAGONES

La Universidad de Jaca, y su magnífica Residencia de verano, que permiten que no se interrumpa la actividad cultural de la Universidad Cesaraugustana, han dado cobijo a los trabajos jurídicos que se están realizando por el Centro de Estudios jurídicos aragoneses, uno de cuyos propósitos es la celebración anual de reuniones como las que ahora se han celebrado.

En correspondencia con su nomenclatura, se inició la Semana el lunes 27 de julio—con sesión pública y solemne—para terminar el domingo 2 de agosto. La clausura revistió también solemne aparato, por su carácter público y la concurrencia de las Autoridades provinciales y locales de los diversos órdenes. Participaron en esta sesión solemne, celebrada en el Teatro Unión Jaquesa, el Profesor de Derecho civil de la Facultad de Zaragoza D. Luis Sancho Seral, el de la de Madrid D. José Gascón y Marín y el Rector de Zaragoza, también Profesor de Derecho, D. Miguel Sancho Izquierdo, que pronunció breves palabras de clausura, para no insistir en los conceptos de su discurso en el día que comenzaron las tareas.

Este primer intento, realizado por el Centro de Estudios Aragoneses, ha sido llevado a cabo con éxito bastante halagüeño, promesa de continuidad y estímulo para sucesivas "semanas". Han concurrido un grupo numeroso de profesores y auxiliares de la Facultad de Zaragoza y también crecido número de Letrados y Profesionales (Notarios, Registradores, Magistrados y Abogados del Estado).

La lectura de algunas de las comunicaciones que fueron presentadas suscitó—dentro de la mayor cordialidad—animadas controversias y exposición de puntos de vista distintos sobre la manera de en-

tender, aplicar y perfeccionar las instituciones del Derecho Aragonés, tanto de las que están recogidas en el Apéndice, como de las que han quedado olvidadas por él y a pesar de ello tienen interés actual y pueden ser resucitadas y recibidas por el Derecho actual.

He aquí la relación de comunicaciones presentadas y discutidas:

"Pacto sucesorio en el Alto Aragón", del Notario D. Manuel Solano Navarro, que plantea el problema de la titularidad de disposición mientras el patrimonio hereditario no ha sido distribuido, ni designado heredero por el cónyuge sobreviviente, autorizado para ello por capitulación matrimonial.

"La distribución de la legítima en Aragón", del Magistrado don Pedro de la Fuente, en la que se proponen remedios para evitar que se haga ilusorio el derecho de alimentos de los hijos virtualmente desheredados por consecuencia de la inexistencia de legítima individual.

"Preterición en Aragón", del Registrador de la Propiedad D. Manuel Batalla, en que se estudian las dificultades de aplicación del artículo 32 del apéndice, que tal como lo interpreta el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de junio de 1934, tanto pugna con el criterio de la legislación castellana, como el criterio del Derecho aragonés anterior al Apéndice.

"Las instituciones en Aragón", del Notario D. Julio Ortega San Iñigo, estudio de la evolución histórica de la institución hasta el Apéndice vigente, y de la diversa regulación prevista en los proyectos no sancionados de 1899 y 1904.

"El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés", del Abogado del Estado D. José Lorente Sanz, que más que una comunicación constituye una monografía sobre esta clase de testamento y particularmente sobre el problema de su revocación, en especial durante el período de aplicación de las normas de Derecho transitorio.

"Aplicación de los arts. 983 y 984 de la Ley de Enjuiciamiento civil en Derecho Aragonés", del Fiscal y Notario D. Luis Riera Aisa, en la que se ponen de relieve las diferencias procesales del "ab intestato" que debieran corresponder al diferente rango que se da a los colaterales, más favorecidos en Aragón en la herencia intestada.

"La mayoría de edad en Aragón", del Fiscal y Profesor Auxiliar de Derecho Civil D. Luis Martín-Ballesteros, que pone de relieve la precocidad del Derecho aragonés, anticipado en varios siglos a resolver los problemas de emancipación y estableciendo una regulación

que evita los problemas de facultades y limitaciones de los que están en este período intermedio o de aprendizaje entre la capacidad plena y la incapacidad.

"El padre de huérfanos del Municipio de Zaragoza", del Profesor de Derecho Penal D. José Guallart L. de Goicoechea, interesante estudio histórico sobre esta institución, desaparecida y absorbida hoy por otras fórmulas de beneficencia oficial.

"El retracto de abolorio", del ya citado Lafuente Pertegaz, en que se propone una reforma en el texto del art. 76 del Apéndice.

"El retracto", del Profesor Auxiliar D. Manuel Vitoria, en el que se estudia la aplicabilidad a favor de los descendientes del derecho de retracto en el "abolorio" y si es aplicable o no el plazo que señala el art. 1.524 del Código civil.

"Luces y vistas", del Profesor Auxiliar de Derecho civil D. Antonio Teixeira, en el que se hace el estudio de los arts. 14 y 15 del Apéndice y de algunos interesantes problemas a que su aplicación puede dar lugar.

"Las leyes fiscales y el Derecho foral", del Abogado del Estado D. Cirilo Martín Retortillo, en que se mantiene la necesidad de tener presentes los particularismos forales al dictar medidas generales de tipo tributario.

"Idea de una encuesta sobre la observancia actual del Derecho civil aragonés", de Lorente Sanz, en que se defiende la conveniencia de un examen minucioso para apreciar las instituciones de más pertinaz observancia en la realidad y las que van alterándose, o cayendo en desuso.

"El patrimonio rural vinculado", del Notario D. Francisco Palá, en la que con gran sentido práctico se argumenta la posibilidad de llegar a la implantación de tales patrimonios rurales, con unas bases —articuladas en la comunicación— de inspiración en instituciones similares del Derecho aragonés, que el Apéndice ha olvidado.

"Responsabilidades pecuniarias por sanción penal de los bienes conyugales", de Riera Aisa, que propugna un criterio interpretativo que se funde más en el Derecho aragonés derogado, que en el artículo 1.410 del Código civil.

"Las fueros de Jaca, base de la Compilación de 1247", del Profesor de Literatura e Historia D. Ricardo del Arco, en que se apunta un viejo criterio de la originalidad del Fuero de Jaca, fuente del de

Sobrarbe, y acaso del General de Navarra, dada la precocidad legislativa de que da muestras desde su origen el "núcleo jaqués", cuna del Reino de Aragón. Corrobora eficazmente esta tesis con el hallazgo de un manuscrito del siglo XVII, que reproduce la legislación jaquesa de los primeros años del siglo XIII, de donde la Compilación de Huesca de 1247 hubo de tomar necesariamente los muchos textos coincidentes, anotados en el manuscrito de referencia.

"Derechos sucesorios del cónyuge viudo en Aragón", de Martín Ballester, que estudia el problema de la parquedad de derechos del viudo aragonés, que, por no serlo al contraer matrimonio y sí en el momento de la viudez, no tiene tampoco el usufructo viudal.

"Algunas observaciones acerca de los bienes de la sociedad conyugal", del Registrador de la Propiedad D. Jesús Acedo, que plantea el problema del alcance que hay que dar a la expresión "bienes comunes" y que al juicio común de la doctrina foral hay que entender como pertenecientes a la persona jurídica "sociedad conyugal".

"La prohibición de viudedad", del Profesor Auxiliar D. Felipe Aragües, que, apoyado en tesis jurisprudenciales, admite la posibilidad indirecta de semejante prohibición.

Y "Extensión a la legislación castellana del Usufructo viudal aragonés", del Registrador de la Propiedad y Notario D. Enrique Giménez-Arnau, que entiende conveniente y viable la extensión a Castilla de la viudedad aragonesa, deseada e incipientemente practicada ya en territorio castellano.

* * *

No se puede dar en esa crónica sino una impresión de conjunto. La mayoría de las comunicaciones exceden de los límites del caso particular y concreto y tienen contenido científico y doctrinal. Las conclusiones fueron discutidas minuciosamente. Pero interesa sobre todo señalar el espíritu en que se ha movido la totalidad de los "semanistas", que han puesto de relieve los discursos de apertura y clausura.

El amor a las instituciones jurídicas regionales, el deseo de mejor conocer y aplicar el derecho indígena, no supone la pervivencia de un espíritu particularista que ansie perpetuar la pluralidad legislativa nacional. Por el contrario, al estudiar mejor y conocer más a fondo las peculiaridades aragonesas, se intenta intensificar el espíritu de apro-

ximación para llegar a la unidad legislativa nacional. A ella se aportará, sin deseo de imposición de criterios, ni afán de victoria localista, un caudal jurídico que si se recoge en la parte que sea aprovechable, hará más grata la unidad. La hará también más fecunda, porque estas instituciones tendrán un sabor nacional mucho mayor que las importaciones exóticas que son la armadura de las actuales leyes civiles castellanas. Si semejante criterio se extiende y se acepta, se dará un gran paso hacia la unidad, tomando de los particularismos lo que más convenga al espíritu actual de la sociedad española vista en su conjunto.

En suma, el propósito que ha animado estas reuniones ha sido unionista y no secesionista: deseo de aportación a la unidad legislativa, que Aragón apetece, porque prefiere regirse por normas copiadas de otras regiones, o del "auténtico Derecho castellano" (que no es precisamente el del Código civil), que por otras de importación extranjera.

Este propósito unionista no es una cómoda postura ocasional, de momentos en que es más firme la unidad nacional, sino posición perseverante mantenida por los jurisconsultos aragoneses desde la época de la Codificación, y comprobada por la buena voluntad con que Aragón ha recibido el Derecho del Código civil, a pesar de estar tan en contradicción, en algunos aspectos, con el Derecho aragonés, que, respondiendo al entendimiento de un pueblo de juristas, no es una serie varia de normas, sino un verdadero sistema jurídico.—E. G. A.

ANDRÉE MATHIEU: *Les Conventions Bilatérales Franco-Espagnoles en Matière de Condition des Étrangers* (Toulouse, Imprimerie F. Boisseau, 1942, pág. 233).

El estudio de la señorita Mathieu expone en forma sistemática la condición de los españoles en Francia. Este libro es de indudable importancia práctica, puesto que la inmigración española en Francia no ha dejado de aumentar. Los siguientes guarismos son elocuentes:

En 1851 hubo 29.736 españoles establecidos en Francia; en 1866, 32.650; en 1896, 76.819; en 1926, 322.590, y en 1936, 352.000.

El primer capítulo trata de la condición de los obreros, tanto de la de los obreros normales como de la de los llamados "stagiaires". Estos "stagiaires" son individuos que se trasladan a Francia para un tiempo determinado, a fin de perfeccionarse en los usos comerciales o

profesionales franceses, ocupando en Francia un empleo en los establecimientos industriales o comerciales. El segundo capítulo se ocupa del comercio y de las profesiones liberales. Los capítulos sucesivos enfocan el problema de los impuestos, del servicio militar, de las confiscaciones, del arrendamiento, del Derecho procesal internacional y de la transmisión de bienes.

El libro de Mathieu constituye un precioso "vademecum" del español que tiene pensado visitar la República francesa. La autora interpreta las leyes francesas y los tratados francoespañoles con amplio y generoso criterio y siempre inspirándose en el deseo de una buena vecindad.

MABEL A. ELLIOTT y FRANCIS E. MERRIL: *Social disorganization* (Desorganización social) (edición revisada, "Harper and brothers publishers", New York y London, 1941, págs 1.087).

El libro que tenemos a la vista produjo en América una profunda impresión. Así se explica la necesidad de una segunda edición sólo siete años después de la primera. La obra expone las causas de la actual desorganización del mundo; y posee, además del interés general, un valor especial para los penalistas, ya que la indicada desorganización constituye una de las más poderosas causas de la criminalidad. Después de una introducción, los autores analizan la desorganización individual (delincuentes menores, delincuentes sexuales, prostitución, alcoholismo, paro forzoso, demencia, suicidio, etc.); la desorganización de la familia (divorcio, etc.); la de la comunidad (corrupción política, etc), y la desorganización del mundo (revolución, guerra, etc.). El estudio ofrece un rico material estadístico y contiene interesantes sugerencias. Sobre todo merece elogio el mismo tema de la desorganización, punto de vista relativamente nuevo y feraz, que arroja luz sobre numerosos problemas.

KARL LARENZ: *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado* (Editorial "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1942, página 232.)

El libro que tenemos a la vista contiene una exposición breve pero precisa de las actuales corrientes jurídico-filosóficas. Los señores Galán

Gutiérrez y Truyol Serra han vertido al castellano la obra del catedrático de Kiel, traducción prologada por el señor Legaz Lacambra. Prólogo, original y traducción forman un conjunto muy valioso para el público jurídico español, que posee de esta forma un mapa intelectual gracias al que será capaz de orientarse y de ubicar cualquier fenómeno dudoso.

El libro consta de dos partes y de un apéndice. La primera parte trata del desenvolvimiento de la filosofía del Derecho y del Estado en Alemania desde 1900. La segunda parte expone las bases filosóficas de la nueva ciencia jurídica alemana. El apéndice, finalmente, aborda la filosofía alemana del Derecho y del Estado después de 1935. La primera parte, a su vez, ordena la vasta materia en cuatro capítulos. El primero, que abarca el positivismo y el neokantismo, enfoca la filosofía del Derecho como teoría de la ciencia. El segundo analiza la fenomenología del Derecho. El tercero se enfrenta con la filosofía del Derecho como filosofía de los valores y de la cultura. El cuarto se ocupa de la metafísica del Derecho y del Estado. La segunda parte consta de tres epígrafes: más allá del iusnaturalismo y del positivismo; pensamiento ordinalista concreto e idealismo objetivo; y ciencia jurídica y filosofía del Derecho. El apéndice distingue trabajos sistemáticos y trabajos metódicos e históricos.

El positivismo, "como actitud científica", significa, en primer lugar, la limitación voluntaria de la ciencia jurídica a una materia que le era dada, ya consista ésta en las leyes existentes, ya en sentencias o ya en las concepciones dominantes de la clase social eventualmente directora. Toda fundamentación metafísica del Derecho, toda valoración supraempírica del mismo, toda orientación hacia su idea, queda rechazada. De esta limitación a lo dado resulta aquella naturaleza infecunda de la ciencia jurídica positivista, la cual ya no vió su misión, sino en el mero coleccionar, registrar y clasificar. En la medida en que el positivismo admitió más allá de esto una tarea para la ciencia jurídica, ésta consistió en la explicación sociológica de los factores "causales" de la producción del Derecho. Finalmente, los dos aspectos, la norma dada y la realidad social igualmente dada a la que la norma se refiere, los divorcia en dos ámbitos científicos distintos. De este modo, la ciencia jurídica positivista se desintegra, de una parte, en la "jurisprudencia" como "ciencia pura de la norma", y de otra, en una sociología y una psicología de la vida jurídica. *Normativismo, sociologismo y psicologismo son*

las tres variedades del positivismo jurídico" (Larenz, pág. 37). Son representantes del positivismo, por ejemplo, Bierling ("Juristische Prinzipienlehre", 1894 a 1917), Georg Jellinek ("Allgemeine Staatslehre", 3.^a ed. 1914), Félix Somló ("Juristische Grundlehre", 2.^a edición 1927), Ernst Weigelín ("Sitte, Recht und Moral", 1919), Bergbohm ("Jurisprudenz und Rechtsphilosophie", 1892), Karl Wolff ("Grundlehre des Sollens", 1924), etc. Larenz concibe también como positivista la jurisprudencia de intereses de Heck y Stoll y la reprocha pasar en silencio los intereses de la comunidad, haciendo caso sólo de los de los individuos (págs. 44, 45). Otros autores afirman que Heck tiene en cuenta meramente los intereses materiales. Pero ni lo uno ni lo otro es exacto. Así dice, por ejemplo, Heck: "El Derecho ordena los intereses particulares unidos en la comunidad. Los delimita entre sí y frente a los intereses inmediatos de la comunidad. Los intereses protegidos por el Derecho son muy diversos. Ni que decir tiene que no se trata sólo de intereses materiales, sino plenamente también de aspiraciones de bienes ideales, valores éticos de la comunidad y de los individuos" (1). Por esta razón dudamos que la doctrina de Heck sea inaplicable en un Estado totalitario, conforme lo afirma sobre todo el creador del pensamiento de ordenaciones concretas. Al contrario, la jurisprudencia de intereses ofrece dificultades en un Estado neutral, puesto que carecemos de criterios valorativos para resolver los conflictos de intereses. En cambio, en un Estado de determinada ideología, dichos puntos de vista han de deducirse de la mencionada concepción del mundo, con lo cual desaparece una de las principales objeciones que pueden levantarse contra Heck.

El neokantismo forma cierta oposición al positivismo, abarcando el primero tanto a Stammler, como a la escuela de Marburgo (Cohen y Salomon), como, últimamente, a Kelsen y la escuela vienesa. Stammler rechaza la tesis materialista, según la cual la economía es la causa del Derecho, siendo éste, a su vez, una mera superestructura de la primera. Stammler intenta, al contrario, comprender el Derecho como la forma, en la que se concibe forzosamente la materia de la economía. Entre Economía y Derecho no existe una relación de causa y efecto, sino de condicionalidad lógica. Pero si así fuera, ¿cómo explicarse las ciencias económicas que al considerar la economía prescinden de la

(1) V. Heck: *Grundriss des Schuldrechts*, 1929. pág. 472.

forma jurídica? El problema principal reside en la cuestión de saber de si son aplicables a las ciencias teleológicas los conceptos de materia y forma que Kant desarrolló para las ciencias causales (véase Larenz, pág. 50). Stammler define el Derecho como una modalidad del querer. El querer significa para Stammler ya una *actividad determinada según fines*, ya un *procedimiento lógico* o un principio gnoseológico. Debe distinguirse el querer aislado y el querer entrelazante que persigue conjugar el querer de varios en una funcionalidad recíproca. Dentro del querer entrelazante, Stammler distingue aún entre el querer autárquico y el querer inviolablemente autárquico, concibiendo este último como Derecho. Consiste éste en un querer entrelazante, que subsiste de una manera permanente y con independencia del querer de los relacionados. Larenz (págs. 51 a 53) objeta a Stammler la continua confusión entre el ángulo gnoseológico y práctico. "De esta manera se muestra que Stammler no puede mantener su concepto del querer entrelazante como un método para "representar relaciones entre objetos", y que solapadamente introduce la idea de *actividad determinada según fines* en el lugar de la idea de una *consideración* finalista, con lo cual el concepto del querer pierde su significación como pura forma del pensar" (I. c., pág. 53). Cohen concibe la filosofía del Derecho como la ética de la voluntad pura. Según Salomón, la ciencia jurídica no tiene por objeto las *normas jurídicas* mudadizas, sino los *problemas jurídicos* invariables. Esta concepción fundamenta también la ciencia del Derecho comparado como comparación de soluciones distintas de un problema. Kelsen limita la esfera de la ciencia jurídica al deber ser, eliminando la órbita del ser. Desde este punto de vista, el territorio de un Estado se reduce al ámbito espacial de la norma, el Derecho subjetivo a un mero reflejo del Derecho objetivo, la persona física y jurídica a un complejo de normas y el Estado al ordenamiento jurídico. La sociología, al ocuparse del Estado, investiga una entidad diferente de la que la ciencia jurídica analiza, ya que cada método crea un objeto independiente. Kelsen entiende el precepto jurídico como un juicio hipotético, esto es, como un enunciado que, bajo cierta condición, prevé un determinado comportamiento por parte del Estado. La ciencia jurídica emite estos juicios. Con ello Kelsen se opone del modo más decidido a la concepción que ve en el Derecho un conjunto de imperativos que descansan en actos de voluntad del legislador.

La fenomenología del Derecho abarca las teorías de Reinach, Fé-

lix Kaufmann, Schreier, Schapp y Gerhart Husserl. Mediante la intuición de esencias, esta corriente se afana a llegar a contenidos apriorísticos del Derecho. Los neokantianos no conocían sino un "a priori" formalista, los fenomenólogos creen en un "a priori" repleto de contenido. Scheler desarrolló esta idea para la ética, Reinach la fertiliza para la ciencia del Derecho. "El neokantiano busca un concepto general, pero abstracto, del Derecho, subyacente a toda relación jurídica especial como condición lógica de su posibilidad; el fenomenólogo, en cambio, indaga las "estructuras esenciales" de creaciones jurídicas concretas como las de la propiedad, la pretensión, la obligatoriedad, aunque sin considerarlas desde un principio como miembros de una conexión omnicomprendensiva; a saber: la realidad general concreta del "Derecho" (Larenz, pág. 74). Larenz reprocha, tanto a neokantianos como a fenomenólogos, que no lleguen a lo general-concreto. Si la fenomenología se dirige hacia el ser del hombre como dato ontológico más fundamental, recibe la denominación de fenomenología existencial, ideada por Heidegger en la esfera puramente filosófica, y por Gerhart Husserl en el campo de la filosofía del Derecho. Franz Sommer ("Kritischer Realismus und positive Rechtswissenschaft", tomo I, 1929) plantea la cuestión siguiente: La ciencia jurídica, ¿es una ciencia real, es decir, son sus objetos, las creaciones jurídicas, contenidos reales? "Como criterios de la realidad considera Sommer la temporalidad, la causalidad activa y pasiva, la concreción y la independencia de lo real respecto de nuestro pensamiento y de nuestra sensibilidad. Al investigar el sentido indicado de los juicios de la ciencia jurídica, llega al resultado de que estos criterios se dan todos en las creaciones jurídicas, que la ciencia jurídica, pues, es, en efecto, una ciencia real" (Larenz, pág. 87).

La filosofía del Derecho, como filosofía de los valores y de la cultura, abarca la escuela sudoccidental alemana, representada filosóficamente por Rickert y jurídicamente por Lask; el eudemonismo, en el que Larenz incluye a Kohler, Baumgarten, Sauer y Stock; y el relativismo de Radbruch. La dirección sudoccidental "toma de Kant el concepto de realidad como resultado de la síntesis categorial de las percepciones sensoriales; la realidad así entendida es, para él, la única. Pero esta realidad *una* puede ser considerada desde puntos de vista distintos, según que la consideración atienda a lo general y uniforme o a

lo especial e individual. En el primer caso, consideramos la realidad como naturaleza; en el segundo, como cultura" (Larenz, pág. 89).

El Derecho natural tiene partidarios aún hoy día. Debemos distinguir el Derecho natural racional del siglo XVIII y el Derecho natural católico. Nelson ("Die Rechtswissenschaft ohne Recht", 1917) representa el primero, Cathrein ("Recht, Naturrecht und positives Recht", 1909), Hölscher ("Sittliche Rechtslehre", 1928), Petraschek ("System der Rechtsphilosophie", 1933) y Schilling ("Christliche Sozial- und Rechtsphilosophie", 1933) el segundo tipo de Derecho natural. El neokantismo fué atacado por Erich Kaufmann ("Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie", 1921), Marek ("Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie", 1925), Hohenauer ("Der Neukantianismus und seine Grenzen als Gesellschafts und Rechtsphilosophie", 1927) y Emge ("Geschichte der Rechtsphilosophie", 1931). En todas estas críticas palpita más o menos expresamente la aversión hacia un pensamiento adialéctico y disolvente, preparándose así el renacimiento del hegelianismo y del método dialéctico. El movimiento innovador culmina en Binder, que partiendo como neokantiano, niega la existencia de un deber jurídico, puesto que tal "deber" no es autónomo, sino heterónomo: el deudor está meramente sometido a la coacción del Estado; y que terminando como neohegeliano, crea el idealismo absoluto. "He aquí, pues—dice Binder—, el sentido y por ende la fundamentación del idealismo. Idealismo no significa, por consiguiente, negación de la realidad, que se trocaría de esta suerte en un algo meramente representado, y, sobre todo, no significa tampoco huida nuestra de la realidad a un reino más perfecto, mejor y más bello, de ideas en el sentido platónico o de ideales en el sentido de Schiller, sino que idealismo significa comprensión de la realidad como idealidad, es decir, de la realidad como realidad del espíritu, del pensamiento. Es el conocimiento del espíritu como sustancia que eternamente vuelve a proyectarse en el mundo y lo vuelve a crear de nuevo eternamente, y a través de la cual nosotros adquirimos conciencia del espíritu y el espíritu adquiere en nosotros conciencia de sí como creador de todas las cosas, en la cual, por lo tanto, el espíritu adquiere conciencia de esta su esencia y de este su devenir" (v. Larenz, pág. 135). Entre los neohegelianos merecen también mención el mismo Larenz, Martín Busse, Brunstäd, Schönfeld, Spann, etc. El derecho es una de las formas vitales del pueblo. La comunidad comprende a los individuos en una

perfecta unidad. El pensamiento no es antitético, analítico, sino sintético y unificador.

Todos estos intentos de captar la esencia del derecho ponen de realce la complejidad multifacética de dicho fenómeno. *El derecho es el modo en que los hombres realizan la parte principal de un plan instintivo (derecho consuetudinario) o consciente (derecho legal) de convivencia con diferentes medios (consejos, amenaza de coacción, coacción, etc.).* La Escuela histórica del derecho enfoca meramente el plan instintivo (derecho consuetudinario); el normativismo, solamente el plan consciente (derecho legal); el pensamiento de ordenaciones concretas, exclusivamente el plan realizado.

BRANDES (HERMANN-JÜRGEN): *Der Verlängerte Eigentumsvorbehalt.*
(La reserva de dominio prorrogada.)

El significado económico de la reserva de dominio (*pactum reservati domini*) es el siguiente: en una compraventa el vendedor queda autorizado para recobrar del comprador insolvente los géneros vendidos a plazo.

Según el artículo 455 del Código civil alemán, la figura correspondiente se descompone en un contrato *obligacional* incondicionado, y en una transferencia de bienes condicionada por el pago del precio.

Admitida solamente en la venta de cosas muebles, la reserva ha sido extendida a la venta en globo de almacenes o comercios, a la de cosas consumibles, a las mercancías que han de ser revendidas y a las materias primas objeto de fabricación o trabajo. De aquí la necesidad de asegurar el precio en los casos permitidos de nueva venta, elaboración o especificación por el comprador. Se han ideado con tal objeto varios medios: 1.º, la reserva impropia, de tipo obligatorio, que se traduce en una indemnización de daños y no obliga a los terceros adquirentes; 2.º, la reserva posterior sucesiva a la transferencia, que es una verdadera cesión en seguridad que el comprador hace al vendedor después de adquirir la propiedad de la cosa; 3.º, el compromiso de reiterar la reserva en caso de nueva venta, quedando el primitivo vendedor como propietario frente al nuevo comprador hasta que le sea satisfecho el precio aplazado.

También se emplea como sucedáneo de la reserva prorrogada la siguiente cláusula: "El vendedor queda autorizado para contabilizar

los pagos del comprador con tales efectos que solamente después de haber satisfecho todas las obligaciones pendientes adquiere la propiedad de las mercancías vendidas en los contratos corrientes."

Entrando en el estudio de la reserva prorrogada, el Autor examina las construcciones ideadas: *a)* estipulación de relaciones jurídicas análogas a las del contrato de comisión; *b)* aplicación del principio de subrogación real; *c)* configuración de un derecho preferente para el caso de quiebra.

Después enfoca la cesión de seguridad como único medio para adquirir los créditos que nazcan con la nueva venta de los géneros: por ejemplo, esta cláusula: "La propiedad de los objetos suministrados quedará transferida al comprador en cuanto se haga el pago. Si se vendieran nuevamente antes del pago total del precio, los créditos que contra el tercero tenga el nuevo vendedor se entienden transmitidos al que haya hecho el suministro hasta cubrir la parte del primitivo precio no satisfecha." Con este motivo se ponen a discusión la naturaleza jurídica de la cesión en seguridad, el valor de la notificación hecha al tercero para que conozca la transferencia, la posibilidad de transmitir créditos no nacidos y la necesidad de determinarlos con precisión.

Por último, se pasa revista a las causas que en Alemania han originado y extendido la reserva de dominio y los proyectos de reforma.

MÜLLER (HELMUT): *Zur Sicherstellung von Guthaben für bestimmte Zwecke mit privatrechtlichen Mitteln* (Sobre el modo de asegurar el empleo de cantidades o saldos en ciertas finalidades, según derecho privado).

Aparte de los casos en que la ley (por ejemplo, para favorecer a los obreros de construcción o a los *materialistas*) adopta medidas adecuadas al empleo forzoso por los contratistas o propietarios de las cantidades recibidas a tal objeto, en la misma edificación, se dan en la práctica muchos casos de préstamo o apertura de crédito en que resulta de gran interés encontrar los medios para asegurar que los saldos o cantidades destinadas a determinados fines son directa e inmediatamente invertidas en su cumplimiento.

El Autor estudia en la parte principal de esta Disertación el contrato de crédito, en cuya virtud una de las partes promete a la otra

la entrega en préstamo de una cantidad a condición de que sea empleada con determinado fin. La condición puede ser suspensiva o resolutoria. En el primer supuesto, el prestamista sólo estará obligado a entregar la cantidad si se le asegura el pago de las facturas, o puede comprometerse a pagar él mismo los suministros en el concepto de apoderado del propietario; en el segundo caso, el contrato perderá su eficacia si el constructor, después de haber recibido un plazo o varios dilapida las cantidades o las dedica a fines distintos.

La reserva de hacer los pagos bajo condición concede al Banco o Establecimiento de crédito que ha hipotecado la finca, una protección suficiente contra las cesiones anticipadas o la pignoración de los plazos hecha por el acreditado, así como contra la inclusión del crédito en la masa de su quiebra, toda vez que el administrador del caudal ha de satisfacer las obligaciones del contratista, o, mejor dicho, ha de cumplir la condición para poder reclamar la cantidad.

Pero el prestamista puede prescindir de tales estipulaciones que elevan el motivo del contrato a condición jurídica, y en este caso, dada la imposibilidad de sujetar la actividad de una persona respecto al dinero recibido, con efectos frente a tercero, tienen un valor relativo la prohibición de disponer y las cláusulas penales. Puede, es cierto, convenirse la intransmisibilidad del crédito y también, si no se ha establecido esta seguridad, discutirse (como lo hace el Autor) hasta qué punto son intransferibles las cantidades prometidas en el contrato preparatorio del préstamo (apertura de crédito).

Según los partidarios de la teoría que considera al préstamo *contrato real* y a la preparación como *precontrato*, las circunstancias personales del futuro prestatario (confianza, honorabilidad, solvencia) son de tal importancia, que éste no puede ceder a un tercero el derecho de reclamar los saldos y colocarse en su lugar. Para los que sostienen el carácter consensual del préstamo, con el cierre del primitivo contrato de apertura, el acreditado no sólo adquiere el derecho de pedir las cantidades, sino que inmediatamente queda comprometido a devolver las que reciba y no puede colocar a otro en su lugar sin autorización del Banco acreditante.

En ambas teorías, se permite la cesión del derecho a cobrar los saldos cuando el préstamo no aparece convenido con determinada finalidad y se prohíbe cuando ésta ha sido fijada y la cesión la pone en grave riesgo.

Respecto a la posibilidad de embargo de las cantidades todavía no entregadas, pugnan de un lado la regla de derecho, que niega todo valor a la inembargabilidad voluntariamente impuesta por los contratantes, y de otro, el principio jurídico que concede al acreedor embargante tan sólo los derechos pertenecientes al deudor con las cargas o limitaciones que los graven. Las dos teorías indicadas sobre la naturaleza de la apertura de crédito (precontrato con préstamo real y contrato único consensual) llegan al mismo resultado caso de quiebra del acreditado, bien sobre la base de que la solvencia es requisito esencial para el Banco acreditante y su falta le permite rescindir el compromiso, bien en atención a que el Comisario de la quiebra tiene que cumplir las obligaciones de un contrato bilateral si quiere reclamar las contraprestaciones correspondientes, bien por conceder la rescisión de los contratos *duraderos* (por ejemplo, arrendamiento) cuando todavía no se ha entregado la cosa al abrirse el concurso de acreedores.

Por último, el Autor examina como el medio más seguro para obtener el empleo de las cantidades prometidas en la finalidad fijada contractualmente, la constitución de una *fiducia*, es decir, el nombramiento de un comisario autorizado para llevar a cabo el negocio.

WOLFGANG KELDERS: *Beiträge zur Lehre von der Sicherungsübertragung* (Contribución a la doctrina de la cesión en seguridad).

El crédito personal ha retrocedido en Alemania durante estos últimos años y en cambio el aseguramiento real juega cada día un papel más importante en la vida económica. Entre las formas modernas de seguridad encontramos la cesión y la transferencia de cosas y créditos que el Autor estudia desde los puntos de vista más interesantes:

1.º ¿Están permitidas estas operaciones? Por lo que se refiere a la cesión de derechos, el Autor contesta afirmativamente, apoyándose en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. En cambio, pone de relieve la vivísima discusión entablada sobre la transferencia de bienes en seguridad que para muchos tiene por objeto eludir la ley o constituye un negocio aparente, y para algunos nacionalsocialistas es un acto nulo, sobre todo cuando se refiere a cosas cuya pignoración no se admite. Sin embargo, el Autor la reputa válida, en atención a que la ley no prohíbe que se transmitan los bienes voluntariamente mediante el *constitutum possessorium*, cuando las partes no quieran adoptar las

formas de la prenda. No concede valor a las objeciones fundadas en la falta de sinceridad, veracidad y publicidad del negocio, en las exigencias de las buenas costumbres y en las orientaciones del *nazismo*, citando en defensa de su tesis numerosas sentencias del R. G. (Tribunal Supremo del Imperio) y las opiniones de Henneberg, Caspari, Münzel, Rohling, Senf, Roquette, Federmann, Fischer y Paulus, así como varias leyes que implícitamente admiten la transferencia en seguridad.

2.º La transferencia en seguridad, ¿debe tratarse como la prenda o en forma análoga? Así lo han reconocido los Tribunales superiores y notables juristas; pero el Autor, partiendo de las diferencias que existen entre la prenda y la transmisión de propiedad vinculada al aseguramiento con lazos reales u obligacionales, llega hasta a admitir la cláusula comisoría, en cuya virtud el acreedor no pagado a su debido tiempo queda como dueño irrevocable de la cosa. Por otra parte, los Tribunales, en estos últimos tiempos se niegan a aplicar a la transferencia las reglas de la prenda, con la cual tiene tanta analogía, dice una sentencia, *como la donación con la compraventa*, y comentaristas de fama mundial como Staudinger, Jaeger, Enneccerus-Nipperdey, Oertmann, Jonas, Dittmar y Littmann hacen constar que ambas instituciones únicamente tienen de común el ser medios de asegurar el crédito.

3.º Efectos (internos y externos): a) La cesión del crédito coloca a un nuevo acreedor en lugar del antiguo, con plenas facultades que no quedan mermadas por los acuerdos obligatorios que la acompañan. La transferencia de bienes produce unos efectos especiales que se han tratado de explicar con la escisión del concepto de propiedad en dos núcleos: propiedad formal y jurídica que corresponde al cesionario y propiedad material o económica que continúa en el cedente. El Autor rechaza esta teoría que, en general, intenta desenvolver la llamada propiedad fiduciaria.

b) Frente al deudor o a tercero, el adquirente se halla legitimado para cobrar, ceder, transmitir y disponer y para oponerse a los embargos (aunque los Tribunales administrativos sostienen la opinión de que por ser una prenda disimulada, cabe asegurar sobre la cosa otras responsabilidades).

4.º ¿Puede cederse el crédito asegurado? ¿Qué efectos produce la cesión? Si no se ha convenido la incesibilidad parece que podrá trans-

ferirse el crédito con la cosa, sin alterar el complejo de relaciones jurídicas creadas. Pero cuando se ha transferido solamente el crédito, hay quien sostiene que la cosa le sigue (como la fianza, prenda o hipoteca) o que puede interpretarse así la voluntad de las partes, mientras otros, alegando que el negocio se basa en la confianza y que el primer cedente podría ser perjudicado por la nueva cesión de la cosa a persona insolvente, no admiten la presunción. Para regular la obligación de reintegrar o devolver los bienes al primitivo deudor, cuando sea delegada o asumida por el nuevo cesionario deberán aplicarse las reglas corrientes.

Por último, el Autor estudia la reglamentación de la materia en Austria, región de los Sudetes, Bohemia y Moravia.

* * *

IN MEMORIAM.—Acaba de fallecer Alfred Manigk, célebre civilista alemán, que desempeñó durante la mayor parte de su vida la cátedra de Derecho civil de Breslau. De sus numerosas obras, dedicadas casi todas a la difícil problemática de los negocios jurídicos, mencionamos: *Willenserklärung und Willensgeschäft* (Declaración y negocio de voluntad), 1907; *Irrtum und Auslegung* (Error e interpretación), 1918; *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen* (La autonomía privada en el sistema de las fuentes jurídicas), 1935; *Neubau des Privatrechts* (La nueva construcción del Derecho privado), 1938; *Die Privatautonomie* (La autonomía privada), 1939. Su última obra sobre *Das rechtswirksame Verhalten* (La conducta jurídicamente eficaz), 1939, fué objeto de una reseña bibliográfica en esta REVISTA (1941, páginas 569 a 575).

LA REDACCIÓN.