

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVIII

Enero de 1942

Núm. 164

El artículo 41 de la ley Hipotecaria en lo procesal y en la Jurisprudencia

Nuestra legislación Hipotecaria tendió—como que fué su inmediata finalidad, indispensable para la movilización y seguridad del crédito territorial—a que el titular inscrito fuera dentro del Derecho civil un privilegiado; pero en su principio no aspiró a que ese privilegio se extendiera al orden procesal. El titular inscrito con todas sus preeminencias, tenía que ejercitar sus derechos y consiguientes acciones reivindicatorias, confesorias, posesorias... incluso las adecuadas para hacer efectivas obligaciones garantidas con hipotecas, tan claras y sencillas como las consistentes en la devolución de una cantidad prestada, mediante los mismos juicios y procedimientos, largos y costosos, que aquellos que fundaban esas acciones en actos o contratos, carentes de inscripción.

Y como aquel privilegio en el orden sustantivo, de fondo, casi lo desvanecía, por lo menos ante el vulgo, el no privilegio en el orden procesal, el ambiente, fué ya propicio para que en la reforma de 1909 se esbozara la sustancialidad de esos privilegios procesales, que dió vida a los artículos 24, 41 y 129 de la vigente ley Hipotecaria.

Siguen en pie esos artículos 24 y 129; por el 24—concretándonos al aspecto puramente procesal—se da a la inscripción, y nada menos, la eficacia de una sentencia que declarara, después de un juicio, haber lugar a una tercería; y por el 129 se pulverizó al juicio ejecutivo, eliminando todas aquellas excepciones con las que tiene aún que pechar el acreedor no hipotecario; sendos y trascendentales privilegios

que, sin embargo, lógica y jurídicamente cesan—procesalmente, no en el fondo—una vez ganada la tercería y una vez cobrado el crédito, pues que el mismo artículo 24 y el 132, que desenvuelve al 129, abren las puertas al juicio declarativo que puedan entablar el ejecutante que embargó los bienes y el deudor que no pudo paralizar el procedimiento ni aun con excepciones como la de pago.

El artículo 41 no ha corrido la misma suerte que sus gemelos—vieron la luz el mismo día—24 y 129. Suficientemente discutidas en su tiempo, y admirablemente estudiadas las causas, los motivos, los *porqués*, la sustancia y efectos de la reforma, por eminentes tratadistas de todos conocidos y de todos admirados, sería inoportuna y nos alejaría de nuestro limitado fin de comentar unas sentencias, reproducir aquellas discusiones.

Para estos fines del comentario, bástenos esta premisa, que creemos demostrará luego la Jurisprudencia que hemos de reasumir; y esa premisa es así: en nuestro modesto opinar, ni el primitivo artículo 41 ni el vigente son adecuados al privilegio procesal que el titular inscrito debe ostentar para el goce y disfrute del bien, de que es dueño, según el Registro de la Propiedad.

Fracasó el antiguo artículo 41, quizá por demasía—demasía puramente teórica—, pretendiendo que el privilegio se incrustara en un expediente de jurisdicción voluntaria, cuando evidentemente en su iniciación y en su desarrollo es contencioso; y fracasa el actual, porque el privilegio se evapora, al endosar el conflicto al artículo 445 del Código civil, posponiendo la posesión tabular, civil, a la actual de hecho y regulando un procedimiento que no termina en el lanzamiento del tenedor contrario al titular.

Por estas consideraciones que podríamos reforzar con otras, hijas más que de libros, de la realidad vivida, no creemos aventurado afirmar que a estas alturas de treinta y dos años del texto primitivo y de catorce del reformado, la magna cuestión de si la presunción de posesión a favor del titular es *juris et de jure* o *juris tantum*, carece ya de finalidad práctica; la presunción de poseer ha cedido su lugar a la indiscutible presunción de un mejor derecho a poseer, con la que basta y sobra para la eficacia registral, si contara ese mejor derecho con un privilegiado procedimiento, que incluso podía armonizarse con un relativo respeto al poseedor de hecho, oyéndole y admitiéndole determinadas y precisas excepciones.

No es, pues, de extrañar que los titulares hicieran caso omiso del antiguo artículo si los Tribunales consideraban aplicable el artículo 1.817 de la ley de Enjuiciamiento al surgir una oposición que ni siquiera tenían que probar, o que, por el contrario alarmara, si a pesar de esa oposición, la posesión judicial se concedía.

Y aunque el expediente voluntario no tenía, en la casi totalidad de los casos, más efecto que el abrir las puertas al juicio sumario de desahucio, o a reforzar una acción reivindicatoria o posesoria, que implicaba otro procedimiento y otra sentencia, la alarma venció, dando ello motivo, no sólo a las discusiones aludidas, sino a una copiosa jurisprudencia, cuya última palabra es la sentencia de 4 de marzo último, motivo inmediato de este breve razonar.

No siendo recurrible en casación la sentencia que preceptúa el artículo 1.647 de la ley Procesal, se carece de jurisprudencia que interprete o determine el alcance del artículo 41 en cuanto al derecho a poseer de que nos habla el 1.644 o del *mejor* derecho, adjetivó que con fortuna emplea el 1.646; jurisprudencia que nos hubiera aclarado el importante extremo de la virtualidad o debida aplicación del artículo 445 del Código civil, al ampararse el actor en el 41 para pedir una posesión que precisamente no la tiene porque la pide, y que la pide conforme al primer párrafo del artículo 100 reglamentario, que quizá ampliado pudiera ser la clave del problema. Esta carencia de jurisprudencia, por una parte; el peligro de que los Tribunales apliquen el aludido precepto 445, posponiendo el mejor derecho, a la posesión de hecho, y más principalmente, si no en un plano teórico o técnico, en el real, de que aquella sentencia del 1.647 se limita, en el mejor caso, a ratificar la posesión simbólica—no lanzamiento—ya dada conforme al 1.638, son bastantes motivos para que los titulares inscritos abandonen también por expuesto e inútil el procedimiento del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, y hayan vuelto al clásico desahucio por precario, que la jurisprudencia constante y copiosa desde 1884 estimó siempre utilizable, por “considerar—sentencia de 12 de mayo de 1925—que la ley Hipotecaria inspira todos sus preceptos con el propósito de beneficiar el crédito otorgando al titular *trato especial* y de *superior garantía*”.

El estudio de esa jurisprudencia nos lleva, a más de las consideraciones expuestas, a ciertas deducciones—quizá ya principios de derecho—que bien podemos agrupar en dos secciones, que, aunque distintas,

se enlazan a su final: una, el estado actual del problema—derecho constituido—, y otra la reforma—derecho constituyente—que se impone más quizá en lo procesal que en lo sustantivo.

Veamos, con la brevedad posible, esas deducciones o principios:

A) La posesión judicial conseguida con o sin oposición, y dada en la forma simbólica que regula el artículo 1.638 de la ley Procesal, no evita un posterior juicio declarativo, ni aun el sumario de desahucio, para alcanzar la posesión física, si de esta posesión física goza el opositor pasivo, que calla, pero no otorga, o el opositor activo que excepciona. Cabía quizá la distinción de si los poseedores, de hecho, lo son en nombre propio o en nombre ajeno, y de si basta el auto consentido del artículo 1.638 o se llegó a la sentencia del 1.647; pero, de todos modos, las sentencias del Supremo de 30 de enero, 4 de abril y 29 de mayo de 1932 demuestran que el actor tuvo necesidad de acudir a un posterior juicio de desahucio.

B) La posesión real que el artículo 1.564 de la ley de Enjuiciamiento civil inexcusablemente exige para ejercitar la acción de desahucio, la ostenta con evidencia el titular inscrito, porque además de que esa posesión le fué conferida por la *traditio ficta* del instrumento público adquisitivo, la presunción legal del artículo 41 de la ley Hipotecaria robustece a *prima facie* esa privilegiada situación posesoria.

Y, por el contrario, el demandado, dentro de la limitada esfera de este sumario juicio de desahucio, no puede, a los efectos procesales, enervar esa acción, ni aun con la posesión de hecho a título de dueño: es un precarista respecto al titular, y sólo en juicio declarativo puede ir contra ese titular, haciendo uso de las acciones que crea compatibles, pero sujetándose al artículo 24 de la misma ley Hipotecaria. (Sentencias de 10 de junio de 1924; 21 de marzo de 1916; 20 de enero de 1920; 15, 24 y 26 de junio y 5 de julio de 1926; 5 de octubre de 1933 y 11 de julio de 1934.)

C) La presunción que establece el artículo 41 de la ley Hipotecaria no puede ser de tal naturaleza que permita al actor—titular—el desconocimiento de actos contractuales realizados por su ascendiente. (Sentencia de 1 de julio de 1926.)

D) Dada la posesión judicial de una finca, a su comprador, no se infringe el artículo 445 del Código civil al accederse a la demanda de desahucio que éste entablara, pues el vendedor ocupante del inmueble ha dejado de ser poseedor, debiéndosele considerar como *detentador* o

manifiestamente precarista. (Sentencias de 10 de septiembre de 1931 y 30 de enero de 1932.)

E) La presunción *juris tantum* con que favorece el artículo 41 al titular inscrito no es dable a los demandados destruirla en juicio de desahucio mediante declaraciones de no concordar con la realidad jurídica, ser mejor poseedor, y tampoco en ningún otro juicio si no se ha planteado en debida forma la impugnación del título inscrito; y, en cambio, su aplicación—la del artículo 41—es de indiscutible oportunidad en este juicio de desahucio porque su presunción legitimadora se extiende desde la propiedad a la posesión. (Sentencias de 4 de abril de 1932, 10 de noviembre y 5 de diciembre de 1934, 5 de febrero, 7 de octubre de 1935 y 6 de marzo de 1940.)

F) Aun declarado contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria promovido por el titular, procede el desahucio por precario, que éste entablara con posterioridad a aquella declaración judicial. (Sentencia de 29 de mayo de 1932); y

G) En el juicio de desahucio es discutible, y puede ser admisible la excepción de no ser la finca objeto del desahucio la inscrita en el Registro a nombre del actor titular. (Sentencias de 11 de abril de 1921 y 12 de febrero de 1927.)

Por último, y por ser la última palabra del Supremo, merece párrafo aparte su sentencia de 4 de marzo de 1941.

Caso: Prospera el desahucio por precario que un Ayuntamiento entabla contra el deudor dueño de unas casas, que aquella entidad adquiere en pública subasta mediante escritura pública otorgada por el agente ejecutivo y que se inscribe al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la ley Hipotecaria.

Su importante doctrina cabe extractarla en la siguiente forma: Reitera la sustentada por el Alto Tribunal de que a los efectos del artículo 1.564 procesal tiene la posesión real en concepto de dueño el actor adquirente de una finca mediante escritura pública debidamente registrada; por el contrario, merece la consideración de precarista el deudor que continúa en ella después de esa inscripción; reiterada doctrina del mismo Tribunal declarando que las cuestiones sobre validez del título que a *prima facie* atribuye la propiedad al actor no obstan al desahucio; artículo 1.462 del Código civil, que por méritos de la *traditio ficta* reputa la cosa entregada con el otorgamiento de la escritura pública; artículo 41 hipotecario, que favorece al titular con una

presunción posesoria que sólo cede cuando se le impugna en la forma que prescribe el artículo 24, pero que “mientras subsista, legitima el ejercicio de las acciones encaminadas al mantenimiento y reintegro de la posesión”; y por último, que no ha de preceder necesariamente la posesión judicial, porque aparte de la facultad que el artículo 100 reglamentario concede al titular en relación con el 2.056 procesal—procedimiento de jurisdicción voluntaria—, el artículo 41 responde al designio, bien patente, de que la inscripción registral constituye una situación amparada por la ley hasta que contradictoriamente y en el juicio adecuado no se sustituya por otra, procediendo, por tanto, la acción de desahucio que se funda en títulos que inequívocamente conceden la posesión real a uno y la situación de precarista al otro.

* * *

Consecuencia de todas estas consideraciones y doctrina del Supremo, es de perplejidad ante el camino procesal que debe seguir el titular señor F. para poseer, tener, habitar, gozar una casa que, adquirida por su padre en virtud de título lucrativo, su madre, señora B., durante su menor edad, sin autorización judicial y por simple documento privado la vendió a su actual habitante, señor R.

No cabe, a pesar de ser el señor R. poseedor de mala fé—artículo 433 del Código civil—, lo que pudiéramos llamar acción directa, porque el artículo 446 lo protege. F. tiene necesariamente que impetrar el auxilio de la autoridad competente, conforme al 441, y la perplejidad continúa, porque al supuesto de que, sea cualquiera el camino a emprender por F., obtendrá la posesión material de su inmueble, va unido el otro supuesto de que la resistencia pasiva o la temeraria oposición de R. hará necesaria la diligencia de lanzamiento.

Descartando la siempre procedente acción reivindicatoria, que aunque el artículo 41 indudablemente refuerza y robustece, implica un procedimiento amplio, largo y costoso, y, por tanto, no privilegiado, el acierto procesal estriba en elegir entre el procedimiento del artículo 100 reglamentario y el desahucio por precario.

Poniendo en los platillos de la balanza las ventajas y desventajas de uno y de otro, bien cabe decir que si el fiel de esa balanza fuera simbólicamente el artículo 41, técnicamente, por su espíritu, por su fin, no se inclinaría ni al uno ni al otro, pero, en último extremo, al desa-

hucio. No puede satisfacer un procedimiento que, si bien empieza por conceder una posesión sin audiencia contraria, ante la mera resistencia de ésta o de su oposición manifiesta, sólo llevaría consigo el bien de hacer más viable la acción en otro juicio que si termina con un lanzamiento efectivo y preciso. Esta consideración y la interesantísima de no ser precisa esa posesión para el desahucio anula la ventaja apreciable de no ser recurrible en casación la sentencia del 1.647 favorable al titular, o de que ésta no sea precisa si el contradictor consiente el auto del 1.638; y todo ello dejando aparte el peligro que envuelve el artículo 445 en este procedimiento.

Y como el juicio de desahucio por precario es, al fin y al cabo, un pleito que se plantea ante el Juzgado de primera instancia, con apelación en ambos efectos para ante la Audiencia y con recurso de casación ante el Supremo; procedimiento de dos, tres o más años, y en casi la mayoría de los casos contra precaristas insolventes, creemos demostrar, con doctrina nacida del derecho vivido, que el artículo 41 de la ley Hipotecaria debe volver al telar legislativo, del que seguramente saldría remozado para servir como debe servir a la eficacia registral, al privilegio de que es acreedor un titular inscrito.

Terminamos, pues, con una afirmación y una interrogación. Afirmación: Debe reformarse el artículo 41 de la ley Hipotecaria y el procedimiento para hacerlo eficaz (1).

Interrogación: ¿Cómo sustantivamente ha de reformarse el artículo, y cómo procesalmente el procedimiento adecuado que exige?

A la afirmación nos arriesgamos, y queda hecha. La contestación a la interrogación la intentaremos en otra ocasión, salvo que se publiquen trabajos que, hijos de mejores y competentes plumas, nos convenzan de ser equivocada esa afirmación, o de que aceptándola, en principio, construyan con bases más sólidas que nosotros pudiéramos hacerlo.

FÉLIX CARAZONY LICERAS.

De la Junta Directiva del Ilustre Colegio Nacional
de Registradores de la Propiedad

(1) Creemos que esta afirmación la comparten todos los Registradores de la Propiedad; lo demuestra el trabajo, recientemente publicado, del distinguido compañero Sr. Treviño.

La ejecución procesal en la ley Hipotecaria (*)

III

PRINCIPIOS PROCESALES VIGENTES EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

1. El principio de contradicción.—2. El impulso procesal.—3. El principio de la buena fe.

La indicación de tales principios tiene interés en cuanto por ella se da una guía para la interpretación de los preceptos que se estudian, se facilita la solución de las cuestiones no recogidas específicamente en la ley y se contribuye a desentrañar la índole y alcance de las disposiciones que son objeto de nuestro análisis. Pero, como fácilmente se comprende, no nos detendremos aquí en el examen de todos aquellos principios que son reflejos de los que inspiran a nuestra ley de Enjuiciamiento, sino tan sólo de los criterios que presenten en la materia alguna singularidad con relación al régimen común.

1. De lo expuesto en todo el apartado anterior se deduce que una primera modificación esencial en este punto la encontramos en la no vigencia del *principio de contradicción*. La necesaria aplicación de éste en el proceso de cognición (“audiatur et altera pars”) no existe en el hipotecario; pero ello no es tanto una especialidad del mismo como una consecuencia de su carácter de proceso de ejecución. La ejecución procesal no está inspirada en la máxima de la contradicción entre las partes, precisamente porque, tendiendo ésta de modo principal a fijar una de las condiciones necesarias para formar la convicción del Juez

(*) Véase el número 161.

sobre los hechos que figuran en el proceso, carece de importancia en la fase de ejecución, donde se trata, como sabemos, no de *formar* una convicción, sino de *actuar* un contenido de voluntad: "el procedimiento de ejecución no se constituye de modo contradictorio" (1); así, en el Derecho alemán, el debate o vista oral ("mündliche Verhandlung"), salvo casos especiales, no es obligatorio, aunque puede ser ordenado discrecionalmente por el Juez; y aun cuando sea ordenado, tal debate oral no tiene significación por sí solo, sino que ha de referirse siempre a las declaraciones escritas que el título contiene.

Admitir que el deudor pueda oponerse a la actuación de un título ejecutivo, alegando toda clase de motivos de fondo o de forma, es decir, la plena vigencia del principio de contradicción, sería desnaturalizar la fase de ejecución y crear un nuevo período de "cognitio" judicial, más o menos disimulado (como ocurre efectivamente con nuestro juicio ejecutivo). Pero, sin llegar a ello, tampoco ha de creerse que cualquier intervención del deudor debe por esta razón, y desde el punto de vista "de lege ferenda", ser rechazada. En efecto, con respecto a la forma *procesal* de la ejecución, y no a la oposición en el *fondo* (2), una solución permisiva de este tipo podría eliminar el carácter rígido de aquellos procedimientos que, como el nuestro hipotecario, prescinden en absoluto de las posibles objeciones que sobre los supuestos y el desarrollo procesal de la ejecución quepa proponer (3).

Las soluciones posibles en este punto, dando una enumeración esquemática y prescindiendo de la oposición en el fondo, son, por tanto, las siguientes:

a) Denegar al deudor (y en general a los interesados en la ejecución) todo medio de impugnación de los defectos en que la ejecución pueda haber incurrido, dentro del mismo procedimiento.

b) Admitir, por el contrario, dicha oposición, lo cual puede, a su vez, producir dos consecuencias distintas:

a') La determinación expresa de que la oposición interpuesta da

(1) Schönke: *Zwangsvoelstreckungsrecht*, cit., pág. 22.

(2) Aunque tampoco ha faltado en otras legislaciones el intento de incluir esta oposición de fondo y su *examen y decisión* por el Juez dentro del mismo *procedimiento ejecutivo*, que entonces parecería que, en parte, dejaba de serlo.

(3) Incurriendo así en la conocida crítica de Aragonés (ob. cit., pág. 91), que es, sin embargo, excesiva, por extenderse a la prohibición legal de que el deudor se oponga al *derecho de crédito* que se ejecuta, criterio acertado, ya que ello es un problema que en esta fase no debe lógicamente ser discutido.

lugar necesariamente a una comparecencia o cambio de alegaciones (orales o escritas) ante el Juez.

b') La permisión de que el Juez decida en cada caso sobre la oportunidad de este trámite de audiencia bilateral y que resuelva discrecionalmente sobre si debe o no celebrarse.

En nuestro derecho positivo, en lo que respecta al procedimiento de la ley Hipotecaria, es la primera de estas soluciones la que se ha adoptado, con cuatro únicas excepciones señaladas en el artículo 132. Tales excepciones son: 1.^a, la existencia de un procedimiento criminal por falsedad del título hipotecario en cuya virtud se procede, en el que se haya admitido querella o dictado auto de procesamiento y que se justifique documentalmente (párrafo segundo del artículo 132); en cuyo caso subsiste la suspensión hasta que termine la causa criminal, pudiéndose reanudar entonces el procedimiento si no quedase declarada la falsedad (párrafo 6.º); precepto que aplica lo dispuesto con carácter general en la ley de Enjuiciamiento civil en el artículo 514 (1), con las dos únicas diferencias de a') exigir una justificación documental y no de otra clase; b') dar lugar a la suspensión, en cambio, aunque la parte no haya entablado querella, si en la causa criminal se dictó auto de procesamiento; 2.^a, la tercería de dominio justificada ("inexcusablemente") con título inscrito con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor y certificación de su subsistencia (párrafo 3.º, núm. 2.º), que suspende la ejecución hasta el término del juicio de tercería (párrafo 7.º), disposición más rigurosa, pero análoga a la del artículo 1.535 de la ley procesal, según el cual "cuando sea de dominio la tercería, luego que en el juicio ejecutivo recaiga sentencia firme de remate, se suspenderá el procedimiento respecto de los bienes a que se refiere hasta la decisión de aquélla; 3.^a, la cancelación de la hipoteca justificada por la certificación del Registro o por la copia auténtica de la escritura con nota de presentación en el Registro, otorgada por el actor o sus causahabientes (párrafo 4.º, núm. 3.º), lo que equivale a privar al título de fuerza ejecutiva, y es análogo, por tanto, a lo dispuesto en el art. 1.467, número 2, de la ley de Enjuiciamiento;

(1) "En el caso de que, sosteniendo una de las partes la falsedad de un documento que pueda ser de influencia notoria en el pleito, entable la acción criminal en descubrimiento del delito y de su autor, se suspenderá el pleito en el estado en que se halle, hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal. Se decretará dicha suspensión luego que la parte interesada acredite haber sido admitida la querella..."

4.^a, la presentación de una libreta por el deudor que arroje saldo distinto a la del acreedor en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, precepto que se justifica en lo dispuesto para esta clase especial de hipotecas (párrafo 5.º, núm. 4.º).” Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, *incluso las que versaren sobre nulidad de título o de las actuaciones*, o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, *se ventilarán en el juicio declarativo* que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente ley.” En los casos en que la oposición es permitida, no es facultativo en el Juez la convocatoria o no de una comparecencia de las partes, sino que en los dos primeros supuestos se suspende sin más trámites el procedimiento, y en los dos últimos la celebración de esta comparecencia es ordenada expresamente por la ley (artículo 132, párrafos 6.º, 7.º y 8.º). Estos son, pues, los límites de vigencia del *principio de contradicción* en la ejecución procesal regulada por la ley Hipotecaria.

No han faltado críticas de este régimen ni propuestas de sustitución por otro más flexible que permita la adopción de soluciones de mayor equidad. Así, en la discusión parlamentaria de la reforma de 1909, Blanco Rajoy atacó la supresión de la audiencia del deudor, defendiendo que, en caso de oposición de éste, se celebrara ante el Juez una comparecencia y, después de oír a ambas partes, se decidiera sobre la continuación de los trámites ejecutivos. Los partidarios del texto de la ley criticaron, no obstante, la propuesta, haciendo notar que su adopción equivaldría a permitir el planteamiento de incidentes que retardarían la ejecución, incurriendo precisamente en los defectos del juicio ejecutivo que el proyecto de 21 de abril de 1909 trataba de evitar (1). Ambas tesis parecen tener razón en parte, pero probablemente cabría adoptar un sistema exento de las censuras que a una y otra pueden dirigirse. En líneas generales, dicho sistema vendría a inspirarse en una de las soluciones antes apuntadas (*b*, *a'*) y sus características serían las siguientes:

a) No admisión de oposición sobre el fondo, es decir, de impugnación del derecho de crédito que se trata de ejecutar. La oposición en el juicio declarativo ordinario quedaría en pie, sin que entremos ahora

(1) El detalle de este debate puede encontrarse en Higuera: *Reforma de la ley Hipotecaria*, cit., pág. 37.

en la conveniencia de adoptar un tipo especial de procedimiento dirigido a atacar no el título ejecutivo en sí, sino la posibilidad de su ejecución, como existe en Alemania, con el que origina la denominada "Vollstreckungsgegenklage".

b) Admisibilidad de la oposición por parte del deudor o los interesados en el procedimiento, fundada en la forma procesal de la ejecución (verbigracia, cuando la tramitación ha incurrido en un vicio de nulidad). Tal oposición no habría de producir sin más la suspensión del procedimiento o la intercalación en él de un incidente, sino cuando el Juez lo estimase necesario; el arbitrio judicial es, en efecto, el único criterio capaz de distinguir entre los casos de oposición razonable que debe ser atendida y aquellos otros en que un deudor de mala fe sólo persigue la dilación de los trámites para entorpecer la acción del acreedor que busca la satisfacción de su derecho.

2. Otro de los principios cuya aplicación al procedimiento hipotecario interesa examinar es el que hace referencia al *impulso procesal*. ¿Cuál de las dos direcciones fundamentales en la materia, el impulso oficial y el impulso privado, es la que reviste mayor importancia en el procedimiento que estudiamos?

Conocida la fecha de la ley que introdujo en nuestro texto hipotecario el procedimiento de los artículos 129 a 135, no es aventurado suponer que son en él escasas las manifestaciones del impulso oficial y, por el contrario, abundan las demostraciones de que el desarrollo de la tramitación viene principalmente confiada a la iniciativa de las partes. Y esta suposición se confirma, en efecto, por el análisis de los artículos de la ley. El principio de impulso de las partes se aplica en los siguientes casos, que constituyen, como puede verse, momentos fundamentales de la tramitación:

a) El procedimiento se inicia por un escrito del acreedor en que se reclama la ejecución sobre los bienes hipotecados (art. 131, regla 2.^a). Se comprende que este primer impulso no puede ser sustituido por una actividad de carácter oficial, dada la índole del derecho que el actor ejercita; por consiguiente, de la crítica que después se hace habrá de excluirse el contenido de este precepto concreto.

b) La certificación del Registrador de la Propiedad comprensiva de los extremos a que hace referencia la regla 4.^a del artículo 131, debe reclamarse por el Juez "a instancia del actor". Esto supone que, sin dicha instancia, el procedimiento queda paralizado, sin que el órgano

judicial tenga facultades para proseguir por sí solo la tramitación ya comenzada.

c) La subasta de los bienes hipotecados tampoco puede ordenarse de oficio, sino "a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor" (art. 131, regla 7.^a).

Con excepción de este criterio del impulso de parte, encontramos tan sólo un caso en que la ley autoriza expresamente la iniciativa oficial. Tal es el auto de aprobación del remate o adjudicación: "Verificado el remate o la adjudicación, y consignado en su caso el precio, se dictará *de oficio* auto aprobándolos, etc." (art. 131, regla 7.^a) (1).

Puede afirmarse, sin duda, que la vigencia del principio de impulso privado o de las partes cuyas manifestaciones acabamos de exponer, debe ser objeto de censura. Sin entrar a fondo en un tema cuyo examen no nos incumbe ahora (2), cabe sostener que el régimen de impulso privado predominante difícilmente puede hacerse compatible con una ordenación del proceso que responda a lo que hoy es exigido de esta institución. Indudablemente, el comienzo del procedimiento ha de consistir en un acto de parte, no sustituible por otra actividad judicial; pero, una vez dado este paso inicial, el desarrollo de la tramitación hasta llegar al fin marcado en la ley, debe confiarse al Juez, otorgando a éste los poderes necesarios que hagan avanzar a la ejecución en los diversos estadios que la componen y no subordinar la marcha del proceso a una declaración de voluntad de las partes, necesaria en cada caso (3).

Y hoy ello es tanto más de observar cuanto que en el régimen procesal común la reforma de 2 de abril de 1924 ha variado radicalmente el sistema hasta entonces en vigor, declarando la no necesidad de que "los litigantes insten el curso del procedimiento, una vez iniciado éste" (artículo 2.^o). Aunque el texto hipotecario no haya sido afectado por la reforma, la nueva dirección debe servirnos de guía como criterio

(1) Los casos dudosos no especificados en la ley serán examinados después, en el análisis concreto del procedimiento.

(2) La bibliografía sobre él no es necesario, por tanto, que sea indicada aquí.

(3) Es curioso que el más conocido de nuestros comentaristas, Manresa, es en este lugar del procedimiento hipotecario donde pronuncia frases más duras contra el excesivo predominio del principio de impulso privado, y dice, en términos de aplicación general, que el Juez "es un polichinela de cartón, que se mueve cuando le tiran del hilo" (*Comentarios*, tomo cit., pág. 708), frase que recuerda la conocida de Menger, en que compara al órgano judicial con un aparato de relojería estropeado, que necesita ser constantemente sacudido para que ande de nuevo un corto rato.

inspirador de las soluciones recomendables "*ex iure condendo*", en primer término; como norma de interpretación, en segundo lugar, que impida la extensión a los casos dudosos de la aplicación del principio de *impulso de parte*.

3. Constituye en la actualidad uno de los motivos de inspiración de la nueva orientación procesal el principio de *la buena fe* y los que con él podemos considerar como relacionados: el deber de *colaboración* de las partes y, sobre todo, el *deber de decir verdad*, acerca del cual en los últimos tiempos se ha acumulado una considerable bibliografía (1).

De este principio de la buena fe alguna manifestación podemos hallar en nuestros textos y en las resoluciones de la jurisprudencia, pero no existe una formulación expresa de él, ni, lo que es peor, cabe sostener con fundamento que nuestro derecho procesal está inspirado en su espíritu, de modo notable por sugerencias de este tipo. Tal omisión aumenta, sin duda, el interés de las indicaciones aisladas que se encuentran en nuestros cuerpos legales.

Cabe pensar si uno de estos casos es el que se contiene en el artículo 131 de la ley Hipotecaria, regla 2.^a, *in fine*, según la cual "el acreedor quedará sujeto a indemnizar cuantos daños y perjuicios irrogase al deudor o a terceros interesados por *malicia* en la exposición de los hechos y de las demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para autorizar el procedimiento". Este precepto trae su origen del artículo 169 del reglamento para la ley Hipotecaria de Ultramar (18 julio 1893), que disponía la sujeción del acreedor a responsabilidad "por el sólo acto de iniciar el procedimiento".

La redacción del artículo puede hacer suponer efectivamente, por los términos empleados, que solamente al acreedor de *buena fe* le está permitido acudir lícitamente a la tramitación privilegiada que se implanta.

Por otra parte, si analizamos el precepto concreto y vemos cuál es su contenido, vemos que en esencia consiste en una imposición del *deber*

(1) Citaremos los artículos de más interés publicados en las dos revistas alemanas *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* y *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*; Lent: "Die Wahrheits und Vollständigkeitspflicht im Zivilprozess" (*Z. d. A.*, 1938); Pagenstecher: "Bemerkungen über die Wahrheitspflicht im Zivilprozess" (*Z. d. A.* 1935); Wurzer: "Die Lüge im Prozess" (*Z. d. Z.*, tomo 48). En España, una indicación del tema tiene Silva Melero: "El llamado deber de decir verdad en el proceso civil" (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1936).

de veracidad con respecto a los hechos y a las demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para autorizar el procedimiento.

Que se trate en este caso de una obligación de decir verdad, creemos que puede sostenerse, dada la redacción de la ley que habla de *malicia en la exposición* de los hechos, etc. La *malicia* consiste, sin duda, en una ocultación o falseamiento de la realidad a sabiendas de que se hace; fundamentalmente, pues, en una *falta de veracidad*, ya que el deber que impone ésta no exige la aportación de los hechos tal como ellos son, sino tal como cree sinceramente que son la parte que los alega (1). El reglamento de la ley de Ultramar añadió a la malicia la *negligencia*, y no cabe duda que los casos extremos de ésta deben recibir un trato análogo a aquélla (“culpa lata dolo equiparatur”); pero tampoco ha de convertirse la exigencia de verdad en una sanción para la parte por descuido de la investigación de los hechos que figuran en el proceso.

Ahora bien: del texto que analizamos se deduce que el mandato legal no sólo tiene una limitación *subjetiva*, sino también que en su aplicación al acreedor no se extiende a la total conducta procesal de éste, sino a una actividad parcial, siquiera sea ella la más importante en lo que se refiere al deber de decir verdad. Pone esto de relieve que la exigencia de la buena fe y este deber de decir verdad, parcialmente incluidos en el procedimiento hipotecario, responden para el pensamiento de la ley a una idea muy diferente de la conciencia, hoy ya unánimemente sentida, de su *necesidad procesal*.

Un examen atento del precepto descubre que, lejos de haber pensado la ley en una sanción de tipo general contra el ejecutante que no ajuste su conducta a las exigencias de lo que pudiéramos llamar las “buenas costumbres” procesales contiene un mandato, por su origen y por sus aplicaciones, de carácter mucho más restringido.

En efecto, lo que se ha pensado en primer lugar, al hacer la declaración que comentamos, ha sido, más que en el principio de la buena fe, que sólo indirectamente resulta protegido, en el restablecimiento de la *igualdad* de posición jurídica de ambas partes, igualdad que se estimaba destruida por la concesión al acreedor de la facultad de iniciar un procedimiento que ofrece al deudor (o a terceros interesados) tan pocas posibilidades de intervención o de defensa. Esto es lo que

(1) “Son conformes a la verdad las declaraciones de las partes cuando éstas expresan lo que tienen por exacto.” (Schönke: *Zivilprozessrecht*, cit., pág. 22.)

explica que, siendo varios los sujetos procesales, únicamente se prohiba expresamente la actividad maliciosa del *acreedor*, pues aunque sea cierto que éste es el que dispone de las armas más fuertes en el procedimiento, no lo es menos que las demás partes que intervienen pueden también dar lugar con su conducta igualmente maliciosa a acarrear perjuicios a otras personas. Si tal es el pensamiento legal, no parece dudoso que la idea específica de la buena fe procesal queda oscurecida y únicamente se recoge aquí no en méritos de su justicia intrínseca, sino como remedio o vía de compensación (1).

JAIME GUASP

Catedrático de la Universidad de Barcelona.

(1) Sobre la comparación de este régimen con el que marca la ley en el juicio ejecutivo ("protesta de abonar pagos legítimos"), y en cuanto al *principio dispositivo*, v. *infra*.

La casería asturiana(*)

IV

Enriquecimiento de la casería.

Por caridad y por interés social estamos en la obligación de enriquecer la casería. El nivel de vida en la aldea asturiana es muy bajo y la industria agrícola muy rudimentaria.

La crisis actual ha traído el bien de que la gente empiece a enterarse de que "los manantiales de la abundancia no están en las plazas, sino en los campos", y es de confiar que todos pongan el mayor esfuerzo en mejorar y en aumentar la producción.

El enriquecimiento debe comenzar por la vivienda.

LA VIVIENDA RURAL

La vivienda en la aldea asturiana es pobre y antihigiénica. Hombres y animales viven casi mezclados. La vivienda es una cocina y un cuarto o dos con ventano más que ventana.

Delante de la casa se amontona el estiércol hasta que llega el momento de llevarlo a la tierra.

De vez en cuando el cuadro cambia y aparece una casa enjalbegada, de planta baja y un piso con corredor, que en el otoño adorna un tapiz de mazorcas doradas. No hay que preguntar: es dinero de América. Raro es el aldeano que puede construir con sus ahorros; si los tuviera lo haría, porque no es cierto que no sienta la necesidad de arreglar su casa; al contrario, la siente como nadie, hasta el punto de que es capaz

(*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

de vender una o dos vacas no sólo para arreglar la propia, sino la ajena, la que ocupa como simple arrendatario.

Pedir a los dueños que resuelvan el problema sería completamente inútil, y además injusto. Muchos no tienen medios para ello. Pensad que gran parte de las caserías está en manos de gente modesta, con pocos recursos. ¿Qué hará el magistrado, el catedrático, el funcionario, el pequeño comerciante que ha heredado una casería por la cual le pagan cien o doscientas pesetas anuales, si le exigen que edifique una casa, que gaste veinte o treinta mil pesetas en la construcción? Lógicamente, preferirá renunciar a la propiedad.

El exacto cumplimiento del párrafo 2.º del artículo 1.554 del Código civil no puede llevarnos tampoco tan lejos; la ley sólo habla de reparaciones, y aun éstas, la costumbre las limita, como el antiguo Derecho francés, a tener al arrendatario *clos et couvert*.

El problema, sin embargo, no es insoluble, y, a mi juicio, podría hallarse una solución equitativa volviendo una vez más la vista a la Historia.

La pluma ágil del ilustre cronista de Asturias, D. Constantino Cabal, nos da en una página una vieja fórmula, quizá prerromana:

“... El casado, casa quiere...”

Y los rapaces fuéronse a la casa.

Pero, ¿a qué casa..., a qué casa? ¿A una cualquiera del pueblo? ¿A una que se encontraba sin vecinos? ¿A casa de los padres de la moza? En muchas ocasiones, sí, señor; pero en la ocasión presente, la casa a que se fueron los casados estaba sin estrenar... ¡Ah!, que el padre de Colín no se chupaba el dedo como un bobo, y que se dijera un día:

—Voy a *iguar* una casa por *andecha*...

Y reunió a los vecinos, e *iguó* la casa en un vuelo. Los vecinos hicieron de canteros, carpinteros, carreteros, albañiles o peones, y él hizo de director... Y mientras duró la *andecha*—que llamaban asimismo la faena—, él les daba a los hombres de comer, de cenar, de merendar. Unas patatas con carne, una tortilla, café, una atrocidad de sidra y unas botellas de vino, y ya se terminó lo que se daba. A la merienda, sidra, pan y queso, y a veces otra tortilla con unos pedacitos de jamón...

Los vecinos—¡ya se sabe!—tiénense que ayudar unos a otros; y ya en Roma Catón aconsejaba que se les tratara bien; porque así

cuando edifiques—decía el mismo Catón astutamente (*De re rústica*, IV)—te ayudarán en seguida *cum operis, jumentis et materia*.

—¿Quién es tu hermano?—dicen en Asturias.

Responden:

—El vecino más cercano... (1).

El padre de Colín podría contar hoy con apoyos que no ha tenido nunca. El Instituto Nacional de la Vivienda, según el artículo 8.º del Estatuto fundacional, ofrece el 20 por 100 del importe; las Cajas de Ahorros abren créditos en condiciones ventajosas; el Estado no regatearía los materiales y servicios técnicos que concedían gratuitamente a los colonos de baldíos los artículos 6.º y 7.º de la Ley de 11 de julio de 1866 y el artículo 13 de la de 3 de junio de 1868; y por último, la Diputación provincial, cuya labor admirable, en todos los órdenes, es digna del mayor encomio, seguramente no pondría obstáculos en crear talleres para fabricar en serie diversos elementos (2).

LA GANADERÍA

En Asturias el mejor exponente de la riqueza de una casería es el ganado. Se dice que una casería es buena o mala no porque se cosechen más o menos arrobas de patatas o fanegas de trigo, sino por el número de vacas que sustenta.

Sigue dándose la primitiva relación de *pecunia* y *pecus*, y el ganado domina la economía rural.

A fomentarlo han concurrido corporaciones y particulares (3), ricos propietarios y pobres labriegos.

(1) *Las costumbres asturianas: su significación y sus orígenes*. Madrid, Talleres Voluntad, 1931; pág. 9.

(2) La Diputación Provincial, el día 8 de agosto último, aprobó un presupuesto extraordinario, que tendrá una vigencia de diez a veinte años, por la suma de pesetas 181.199.655,49, en el que figuran las siguientes partidas: Repoblación forestal, pesetas 21.698.905,36. Comunicaciones y obras públicas, 91.684.703,90. Asuntos sociales y obras sanitarias, 22 millones. Cultura, arte y turismo, 7.500.000. Fomento de agricultura y ganadería, 10 millones.

(3) Hemos de señalar especialmente a los Ayuntamientos de Avilés y Arriendas y a los Sres. Cuervo-Arango, Vereterra Polo y La Riva Estrada.

La Diputación se propone crear cien caseríos-granjas modelo, donde se tendrán 500 vacas seleccionadas, que podrán dar 200 terneras para vida y 200 sementales, que en unos tres años renovarían totalmente la ganadería.

El ganado de cerda mejorará rápidamente, sustituyendo la raza mestiza por la pura

La selección cada día es más cuidada, la cría se hace con más esmero y los productos aumentan en forma sorprendente (1).

Hay entre los ganaderos lo principal de toda empresa, de cualquier clase que sea, y es el amor, el amor que lleva al entusiasmo y al desinterés. El orgullo de tener un buen ejemplar premiado compensa al casero de mil sacrificios y le hará el preferir pasar privaciones a deshacerse de él.

Las viejas ordenanzas amparaban estos afanes y formaron una tradición que todavía hoy, al margen de la ley, rige en algunos pueblos de la Montaña.

Las de Bello (pueblo del concejo de Aller) imponían la mayor vigilancia en los pastos, acotándolos en determinadas épocas del año y reglamentando su uso. Para evitar los destrozos de los cerdos y de las cabras, obligaban a los vecinos a alambrar los cerdos desde el 1 de febrero a San Miguel de septiembre, y a limar los dientes de las cabras dos veces al año, una el día 1 de febrero y otra el 1 de septiembre.

Las mismas ordenanzas disponían que el día 6 de enero de cada año el regidor designase dos hombres para que eligieran ocho novillos que sirvieran de sementales, y, una vez elegidos, todos los demás novillos debían ser castrados antes de 1 de febrero (2).

Pero ni las viejas ordenanzas ni las modernas leyes han podido terminar con un mal que dura desde hace muchos siglos y constituye una verdadera lepra para el aldeano; me refiero a la comuña.

raza de York. Es de confiar que se atienda también a conservar la antigua de Asturias, que dió a los jamones de Avilés fama universal.

(1) Antiguamente los cueros de Asturias eran depreciados. El capítulo 15 del *Ordenamiento de Jerez de 1268* dice: "El cuero de vaca o de buey, valga el mejor de todos mis reinos dos maravedís, excepto los de Galicia y Asturias de Oviedo, que no valga más que un maravedí el mejor de ellos."

La producción de leche es todavía muy escasa. Olasagasti, en el número extraordinario de *El Debate* dedicado a la Exposición de Ganados celebrada en Madrid en mayo de 1930, manifiesta que "disponemos en España de zonas de fácil producción lechera, como son las del Norte, que ocupan mayor extensión que Holanda, Dinamarca o Suiza, y, sin embargo, no se produce en ella más que la octava parte de leche que en dichos países". Cit. por A. Gendín (S.): *Regionalismo*, Oviedo, Talleres Tipográficos, 1932; pág. 28.

Se calculan los productos del ganado (carne, leche, pieles, etc.) en 200 millones de pesetas al año. La Diputación espera con sus proyectos aumentar la producción, por lo menos, en un 10 por 100.

(2) *Ordenanzas de Bello*, cap. IX.

LA COMUNA

Difícil será encontrar en Asturias un aldeano que se queje por llevar una casería en arrendamiento; en cambio, sus lamentaciones no tendrán fin si el amo le impone que el ganado sea en comuña o si la desgracia le ha obligado a vender el ganado propio y pedir en comuña ganado ajeno, porque la comuña es la ruina, es la miseria.

Caer en la comuña es caer en las garras del usurero, y de sus tentáculos no puede defenderse como del acreedor hipotecario. Este, en el campo asturiano, es generalmente una víctima. Si se exige el desahucio, no lo logrará sino después de una larga peregrinación, y por fundado que sea su derecho, tendrá que vencer una resistencia popular que frecuentemente degenera en una cuestión de orden público. El comuñero, en cambio, cogerá su ganado en cualquier sitio, en el mercado, en el pasto, sin escándalo alguno.

Un mal comportamiento en el cultivo cuenta con la tradicional tolerancia, sin límites, del dueño. Un mal cumplimiento de las obligaciones de la comuña supone la pérdida inmediata del ganado y la imposibilidad de encontrar otro, lo que equivale al aniquilamiento de la casería, pues sin ganado, el colono no podrá labrar ni abonar sus tierras.

Mientras el propietario sólo percibe, en la mayor parte de los casos, el uno por ciento del capital, el comuñero alcanza sin preocupaciones tributarias y sin riesgo alguno, por un módico seguro del ganado, el hebraico interés del 30 y hasta del 40 por 100...

Es justo reconocer que no todos los contratos de comuña son iguales; que existen muchas variedades, que, en resumen, pueden reducirse a tres: la *armún*, la de *ganancia* y la de *medio a medio*.

En la *armún*, el propietario entrega el ganado apreciado para que lo cuiden y pastoreen, dejándole al comuñero disfrutar de los esquilmos de la leche, manteca y queso, con las condiciones de que cuando llegue el caso de venderlo partirán entre los dos el exceso de precio de la venta al de la tasación, y de que si las cabezas perecen o padecen menoscabo, el daño será para el propietario, quedando libre la cría para repartir.

La comuña de *ganancia* es más onerosa, porque el propietario saca primero el capital antes que se divida el lucro, de suerte que si muere

o padece menoscabo alguna res, la pérdida se suple con las crías o con el aumento de valor de las otras cabezas apreciadas.

En la de *medio a medio*, cada uno aporta la mitad del ganado, y pérdidas y ganancias se dividen por igual. Los cuidados del tenedor se compensan con los esquilmos, leche, abono, trabajo, etc.

¿De dónde procede la comuña? La filiación es oscura. No resulta aventurado el entronque directo con la aparcería pecuaria iberocelta, como opina Costa, por el carácter primitivo del contrato; pero todos los pueblos y todas las épocas conocieron contratos análogos, y sólo un estudio detenido permitiría, dentro del laberinto que forman, establecer relaciones y encontrar el camino que nos conduciría a su origen (1).

Sus penosos efectos quisieron evitarse estableciendo comuñas favorables a los tenedores y solicitando castigos para los abusos usurarios; mas todos los nobles intentos hechos hasta ahora han resultado ineficaces.

En el año de 1690, el presbítero D. Antonio García Valdés dejó a Colunga un cuantioso legado, con el fin de que con el capital y los

(1) En las antiquísimas Leyes de Hammurabi (siglo XXIII a. de J. C.) hay un contrato análogo al nuestro en el capítulo 264, y referencias a arrendamientos de ganados y a aparcerías pecuarias se encuentran también en las Leyes de los Heteos (siglo XIV a. de J. C.), capítulos 78, 148 y 151; en el Génesis, XXX, 28 y siguientes, y XLVII, 16, 17; en la *Odissea*, XIV, 48, 100 y sigs.; en Diodoro de Sicilia, VIII, 5, y Pausanias, IV, 4, 5.

En Derecho romano se hallan antecedentes en las XII Tablas; en el Digesto, XVII, II, 52, 2; XIX, V, 13, 1, y en el Código, 2, 3, 8.

Afin a nuestra comuña de ganancia es la *locatio conductio irregularis* contenida en una cláusula del papiro florentino del año 239, comentado por Wenger en *Auf römischen und bürgerlichen Recht*, Weimar, 1907, pág. 70.

Convenciones del mismo género conocieron los Germanos. Grimm recuerda pactos por los cuales se debía un ternero cada dos años o cada dos vacas. (*Weisthuemer*, I, 205; IV, 301; V, 189.)

Las Leyes visigodas, trabajo de juristas y no producto popular, sólo recogen el contrato de custodia de ganado en el capítulo 278 del Palimpsesto de París, que, después de ser modificado en el *Codex Revisus*, como se desprende de la *Lectio Legum*, va a informar la ley 1.ª del título 5 del libro V del *Liber Iudiciorum*.

Se ocupa también del contrato la *Lex Romana* en II, 4.

La aparcería persiste en la costumbre, como lo da a entender la *Fórmula 37*.

Entre los musulmanes era frecuente la agrícola (v., por ejemplo, López Ortiz: *Anuario de Historia del Derecho español*, VII, 161), y nada de particular tendría que se practicara al propio tiempo la pecuaria. Estamos lejos, sin embargo, de admitir toda la influencia que Ureña le concede en nuestras costumbres, y menos, naturalmente, en Asturias. (Ureña (R.): *Historia de la Literatura jurídica española*, I, 330.)

En la época de la Reconquista quedan muchas huellas en documentos, v. gr., en

productos se concediesen comunas en las mejores condiciones posibles para el labrador. No tengo ninguna noticia de si se llegó ó no a realizar la voluntad de García Valdés; el hecho es que hasta hace pocos años, por lo menos, las comunas en condiciones onerosas existían en el mismo concejo de Colunga (1).

Otro piadoso sacerdote, el párroco D. José Miranda y Jove, acudió en 8 de junio de 1741 a los sabios teólogos del Convento de San Esteban, de Salamanca, consultando el caso de la licitud de la comuña, y los maestros dominicanos respondieron con una admirable lección de Moral y de Derecho, que pudo ser base de una ley beneficosa (2).

el testamento de Adán Pérez del año 1348, que figura en el *Cartulario de Eslonza*, página 315, y en algunos fueros de la familia del *Fuero de Usagre*.

Las disposiciones del *Liber Iudiciorum* pasan al Fuero Real y se incorporan a nuestra legislación.

En las Partidas, V, 8, 15; V, 3, 4; III, 18, 71 y 76, y en las Leyes del Estilo, capítulo 250, se trata de contratos de interés para este estudio.

En la Edad Moderna, teólogos y juristas discurren acerca de la licitud de la comuña, sin que el contrato llegue a ser reglamentado en una ley.

El Código civil ha venido a aumentar la confusión que existía, con su artículo 1.579, que es un contrasentido.

No hay un libro ni un folleto dedicado exclusivamente a la aparcería pecuaria en Asturias; en cambio, hay diferentes trabajos, publicados en periódicos y revistas, que se ocupan de la comuña en la época contemporánea; entre ellos pueden citarse los de los Sres. Balbín de Unquera, en *Ilustración Gallega y Asturiana* de 8 y 14 de mayo de 1884, págs. 153-160; Menéndez de Luarda (Dionisio), en *La Cruz de la Victoria*, y Señas Encinas, en *El Carbayón* de 29 de abril de 1923. Este último es un resumen de un artículo publicado por el *Boletín Trimestral de Instituciones Económicas y Sociales* del Instituto Internacional de Agricultura de Roma, sobre la aparcería en España.

(1) Un ilustre jurisconsulto asturiano, D. Enrique Frera y Sales, cuya modestia, a juzgar por sus escritos, debió ser tan grande como su cultura, preparaba una extensa obra sobre la comuña, y dejó un gran número de notas, que yo he visto en manos del que fué cronista de Asturias D. Julio Somoza. De los antecedentes históricos citados por mí sólo mencionaba los de las Partidas y Leyes del Estilo y el documento de Eslonza; pero sus notas revelaban la investigación directa en archivos y el conocimiento de la bibliografía francesa anterior a 1880. Ofrecía datos curiosos acerca de la *gasalia* y sobre la fundación de García Valdés. Trataba asimismo del *cheptel* y de la *soccida* y de otros contratos análogos del extranjero, aunque, claro está, no cita el libro de Besta sobre la *soccida*, porque el Sr. Frera debió haber muerto muchos años antes de su publicación.

Sobre el origen y acepción de *gasalia* ha aparecido recientemente un interesante estudio del sabio profesor de la Universidad de Coimbra Dr. Paulo Merêa en *Biblos*, volumen XVI, t. I, 1940.

(2) La contestación de los PP. Dominicos de San Esteban fué publicada por la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* y se reprodujo en *El Carbayón*, de Oviedo, en agosto de 1888, núms. 3.252 y 3.253.

La comuña no fué perseguida como debió serlo por el legislador; escondida bajo las espesuras de los castañedos, se escapó de las mallas del artículo 533 del Código penal y pasó completamente olvidada en la circular de 4 de junio de 1934 del Fiscal del Tribunal Supremo.

Será inútil, además, cualquier acción represiva, si no va acompañada de instituciones de crédito capaces de combatir la usura, y si no se dictan medidas declarando el ganado *instrumentum fundi* y, por tanto, inembargable.

LA RECIELLA

La reciella es el ganado menudo. Hoy apenas se encuentra en Asturias, y constituyó en otros tiempos una pingüe renta en lana, quesos y carne.

Los rebaños requieren la gran propiedad o la asociación vecinal, y el siglo XIX terminó con las dos.

Divididos y acotados los montes, se pierden los pastos pobres, inservibles para el ganado vacuno; y aunque no lo estuvieran, sin la asociación vecinal tampoco se podría utilizarlos, porque cada vecino aislado no puede permitirse el lujo de tener un pastor para tres o cuatro ovejas.

Antiguamente los vecinos reunían sus ovejas y sus cabras y sostenían entre todos un pastor o más si el rebaño lo requería.

Esta práctica costumbre se denominaba la *vecera* (1), y llegó a alcanzar en los pueblos de las faldas del Suevo tan gran importancia, que se formó una sociedad parecida al *Honrado Concejo de la Mesta*, aunque sin relación con él.

La sociedad del Suevo, conocida vulgarmente con el nombre de *Junta de Gobiendes*, por celebrar en este precioso pueblecito columnés sus asambleas, se cuidaba de aprovechar en extremo las excelentes condiciones del puerto para la cría del ganado lanar y se preocupaba de seleccionar las reses, de facilitar la venta de sus productos y hasta de resolver por medio de *avenencias* las cuestiones que se suscitasen entre los ganaderos.

Miles y miles de cabezas de las mejores razas del mundo formaban los rebaños del Suevo. El puerto está dispuesto por la naturaleza

(1) Flórez de Quiñones: Ob. cit., pág. 241.

en agostaderos e invernaderos y ofrece abundante pasto de sosa, retama, tomillo, orégano, espliego, serpol y otra infinidad de plantas buscadas y apetecidas por las ovejas.

Vigilaban el puerto la Junta y el Concejo. La Junta elegía un *cotero*, especie de guarda rural, encargado de cobrar los montazgos, de recoger las reses extraviadas y de recorrer las erías en unión del *montero*, para que se respetasen las Ordenanzas.

El *montero* lo nombraba la casa señorial de los Valdés-Hevia hasta el 2 de diciembre de 1645, que Felipe IV concedió el privilegio al Concejo.

Al calor de la granjería del ganado lanar se desarrollaron en las inmediaciones pequeñas industrias como la de los batanes de Obaya y río de Carrandi, que daban vida intensa a la región.

Igual que ocurre siempre, la riqueza trajo el mercado, y dos veces al año, una a principios de mayo y otra a comienzos de octubre, se celebraban las llamadas *Ferías de las Avenencias*. Consistían principalmente en el trueque de primeras materias por productos manufacturados. Los trajinantes y arrieros concurrían con anascotes, estameñas, sempiternas, paños, calamacos, fajas, serafinas, bayetas, lamparillas, mantas y otros objetos de lana y retornaban con sus recuas cargadas de finos vellones de ovejas churras y morruecos blancos.

Coincidiendo con las ferias, acaso por ser origen de ellas, se reunía la Junta en el Corral del Concejo de Gobiendes, convocándose a son de campana de la iglesia parroquial.

Presidía las reuniones el personero, un juez y un regidor del estado llano y otro juez y otro regidor del estado noble y un fiel de fechos.

Asistía también a las sesiones el alcalde realengo para dar cuenta de ellas al rey.

Un pregonero publicaba los acuerdos.

Después de tratar de los asuntos más importantes, la Junta elegía el *cotero* y otorgaba premios a los que hubieran matado lobos u otras fieras.

Al mercado acompaña la fiesta, alegría de gente moza, de retozar de chicos y de recuerdos de viejos. No podía faltar en las ferias de Gobiendes, y como en Asturias no se conciben fiestas sin fiesta religiosa, el día de Santa Cruz de Mayo y el día de San Francisco de Asís, de la iglesia parroquial salían sendas procesiones que desfilaban por el

pueblo hasta la capilla de los Ruiz de Junco y Bernaldo de Quirós.

Con la formación de los Ayuntamientos constitucionales mueren las *Juntas de Gobiendes* y con ellas los rebaños del Sueve. Hoy las ruinas de cabañas y apriscos en las heredades del Puerto nos denuncian la pérdida de una riqueza que en las actuales circunstancias sería más valiosa que nunca (1).

Quedan todavía en el Sueve los asturcones, preciados ejemplares de aquella famosa raza caballar, pequeña, pero recia, de remos de acero, tan estimada en la Roma Imperial y que ayudó a ganar tantas victorias.

La Diputación Provincial, con un acierto más, ha tomado medidas para conservarla y seleccionarla.

RAMÓN PRIETO BANCES

(1) La mayor parte de los datos de las Juntas de Gobiendes los tomo de un artículo interesantísimo publicado en *La Voz de Villaviciosa* el 22 de enero de 1910 por D. Ramón Torre y Caveda, maestro de Gobiendes.

LA APARCERÍA

(VARIACIONES SOBRE DERECHO AGRARIO)

Las preocupaciones del legislador, que acuciado por la opinión pública, culminaron en la Ley de Arrendamientos de 15 de marzo de 1936 para regular las relaciones de propietarios agrícolas con sus arrendatarios y colonos, ha entrado en una nueva fase con el nombramiento de la Comisión ministerial que ha de redactar las nuevas normas en la materia, de acuerdo con las nuevas ideas del Estado.

Adolecían todas aquellas disposiciones, que pretendían cerrar la larga polémica de las inquietudes nacionales, más bien de un sentido político estrecho de partido oportunista que de una serena solución a los problemas y necesidades angustiosas que, cada vez con mayor apremio, surgían del fondo de los campos. Por ello mismo, y porque, además, no se abordaron resueltamente sus innegables concomitancias con otros aspectos sociales y económicos, sin los cuales vanamente se pretenderá llegar a soluciones estables y definitivas, los periódicos oficiales se llenaron una vez más de líneas estériles y fracasadas. Ya decíamos en un trabajo publicado en el número 136 de esta REVISTA, que, al lado de las relaciones jurídicas de propietarios y cultivadores habría, ineludiblemente, que atender a las variadas facetas de la actividad agrícola, la más importante en el pasado, en el presente y en el porvenir de España.

El tiempo nos ha dado la razón, pues no sólo las leyes de arriendo han ido cayendo lentamente en el desuso y mixtificación, sino que la producción misma ha disminuído de manera alarmante en cantidad y especies indispensables. Nos atrevemos a afirmar que el déficit de las mismas, necesarias al mantenimiento de la población, se debe tanto a la falta de fertilizantes, condiciones climáticas adversas, destrozos de guerra, acaparamiento, ocultación y agio, como a la misma reducción

de terreno a cereales. No es raro oír a los campesinos, de aguda sensibilidad económica, que "cuanto más siembren más pierden"; y aunque ello supone una lamentable manifestación de egoísmo, forzoso es confesar la falta de relación entre gastos de cultivo, jornales, animales, aperos, abonos y coste de la vida, con los precios de productos agrícolas, singularmente cereales, forzosamente sujetos a tasa en evitación prudente de un desequilibrio que podría llegar a ser fatal. Este problema económico está en primer plano, y ante él cede indudablemente en importancia y urgencia el que se refiere a las relaciones entre los que poseen tierras y los que las cultivan.

De las referencias oficiales parece desprenderse la distinción entre el pequeño y el gran arriendo industrializado, al mismo tiempo que la preocupación por el contrato de aparcería. En cuanto a éste, ya expresábamos en las citadas líneas nuestra decidida simpatía, y no hemos de ocultar ahora nuestras reservas mentales por aquél y por su futuro enfoque. De no hacer propietarios, nos parecería más conveniente hacer *interesados* en la producción, como solución social y económica más justa; mas, dejando para otra ocasión, plasmados que hayan sido los propósitos anunciados, su oportuno examen, veamos someramente en estas líneas las aparcerías agrícolas.

* * *

Fruto de la indiferencia e ignorancia de las generaciones pasadas por los problemas del campo, que sólo tuvieron esporádicas manifestaciones académicas y oportunidades electorales; apolillado en los archivos aquel luminoso dictamen del Consejo de Castilla en tiempos de Felipe III, aparece la regulación del contrato de aparcería en nuestro ordenamiento civil. Y, no obstante, la aparcería agrícola era una de las figuras de más abolengo y aceptación en los campos, y el germen en que muchos tratadistas verán la solución del problema campesino.

Así, el Código civil da una desdichada y raquítica reglamentación, ante cuya lectura quedó abierta la polémica de si se trataba de arriendo o sociedad; confusión que llevó al Supremo a una vacilante, contradictoria y casuista jurisprudencia, al resolver sobre la procedencia de la acción de desahucio. Ya la Partida 3.^a, Leyes 21, títulos V y XXII, llamó aparcería a la posesión en comunidad de una cosa o heredad, o sea al condominio, y la Ley 79, título XVIII, Partida 3.^a, dice: "A medias dan los hombres a labrar sus heredades...", o sea al contrato

conocido en ciertas regiones con el nombre de "mediería" y otras de carácter consuetudinario.

La lectura de diversos autores y comentaristas tampoco nos ha desvanecido las dudas acerca de su naturaleza. ¿Arriendo, sociedad, contrato mixto? La Ley del 35 desmenuza su contenido en el artículo 1.º diciendo que "se regirán por sus preceptos (se refiere a los arriendos) todos los actos y contratos, cualquiera que sea su denominación, por los que voluntaria y temporalmente una parte cede a otra el disfrute de una finca rústica o de alguno de sus aprovechamientos, mediante precio, canon o renta, ya sea en metálico, ya en especie o en ambas cosas a la vez, y con el fin de dedicarla a una explotación agrícola o ganadera". En el artículo 43, que "por el contrato de aparcería el titular o titulares de una finca rústica ceden temporalmente o conciertan con una o varias personas el uso o disfrute de aquella o de alguno de sus aprovechamientos, conviniendo en repartirse los productos por partes alícuotas, equitativamente, en relación a sus respectivas aportaciones".

Resulta, pues, la nota común la cesión temporal de una finca rústica para su cultivo y beneficio, sin que se nos alcance por qué en la última no se incluyó el beneficio ganadero; y la nota distintiva, el precio, canon o renta, fijo en el arriendo (aunque no lo dice) y variable o aleatorio en la aparcería. Pero ya en esta Ley se evita dar a la aparcería el nombre de arriendo, aunque esa sea su denominación general, con notoria falta de técnica; más bien lo distingue al decir en el artículo 49 cómo han de regularse cuando el arriendo se convierta en aparcería, y al no aplicar a este contrato las disposiciones de los títulos 2, 3 y 7 de la Ley.

Los autores españoles—Valverde, Alcubilla, Manresa—se inclinan a considerar la aparcería como una especie de arriendo, si bien el último reconoce que no le son enteramente aplicables sus disposiciones. De Diego se limita a señalar sus diferencias, sin pronunciarse por su naturaleza, y Cano, cuya opinión suscribimos, lo considera como un contrato independiente y especial, mientras De Buen afirma que es un contrato de variadas manifestaciones, en el que influye la voluntad de las partes, y que unas veces se aproxima al arriendo y otras a la sociedad, criterio sumamente discutible, pues los contratos son lo que son, independientemente de la denominación y aun de la voluntad de las partes, según tiene declarado nuestro Tribunal Supremo.

Para nosotros, repetimos, es un contrato autónomo, coincidentes con el criterio de Tubini, y sus principales características son: La confianza en el cesionario, la incertidumbre y variabilidad del precio y su equitativa distribución entre las partes, con arreglo a sus aportaciones; el interés común y social y la posesión del fundo en común.

La confianza es elemento indispensable, y así lo reconoce la Ley del 35 cuando fija la muerte o invalidez del colono como causa de resolución del contrato, lo que no tiene trascendencia en el arriendo. Así se comprende fácilmente por qué de la mayor o menor aptitud del cultivador, de su buena fe, de su iniciativa, como elementos personalísimos, depende el éxito del negocio. Hay incertidumbre de ganancias (más que de precio), puesto que ellas dependen de un complejo de circunstancias que caen fuera de sus propias posibilidades y se distribuyen con arreglo a las aportaciones respectivas; existe, correlativamente, un interés común, que a su vez trasciende a interés público, puesto que la agricultura deja de ser un interés meramente privado para adquirir la categoría de preocupación del Estado; y, por último, existe una posesión del fundo, y aun de sus elementos, en común, ya que ambos —propietario y cultivador— poseen y llevan la iniciativa de la explotación, concepto que ya vislumbraron, como hemos visto, las Partidas.

Como consecuencia de esto último, ¿podrá darse en la aparcería la acción de desahucio? Ya el Supremo lo negaba en 1902, y aunque posteriormente rectificado el criterio, no dejan de impresionarnos sus argumentos. Nosotros creemos que no debe darse tal acción, y aunque ello causara cierta alarma en los propietarios, hoy, al crear—según propósitos—la Magistratura de la tierra, económica, fácil y rápidamente podrían resolverse cuantos conflictos surgieran en la interpretación y término de los contratos.

En la próspera cantera consuetudinaria y en la libre iniciativa de las partes, leyes primeras de su regulación, existen bien definidos los recíprocos derechos y deberes, en los que el interés público ha de poner su nota imperativa, a la vez que se trate de hacer eficaz las disposiciones de su inscripción.

Es, pues, la aparcería contrato de grandísimo interés y que ha de regularse con sumo cuidado. El arraiga al cultivador, le ensalza e independiza moralmente, a la vez que le da el alto sentido de responsabilidad que ha de ser indispensable en todo empresario; le hace más cuidadoso de la explotación, alejando sus propósitos esquilmadores;

él aproxima el propietario a la tierra, haciéndole ver en ella algo más que un mero instrumento de renta o de inversión capitalista; él le hace interesarse por la mejora agraria, y en vez de la fría recepción del precio en la ciudad, le hace acudir a los campos, compartir la vida campesina, compenetrarse de sus necesidades y angustias, participar de sus alegrías y de sus fracasos; él establece una verdadera y humana hermandad con el labrador—la más noble de las profesiones— y hace, en suma, levantar sus frentes conjuntas a los cielos para impetrar del buen Dios la bendición de las cosechas.

RAFAEL GÓMEZ PAVÓN.

Registrador de la Propiedad de Mahón

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

BIENES GANANCIALES. EN NUESTRO RÉGIMEN HIPOTECARIO NO EXISTEN INSCRIPCIONES EXTENDIDAS EXPRESAMENTE A FAVOR DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO PERSONA JURÍDICA INDEPENDIENTE DE LAS PERSONAS FÍSICAS QUE LA HAN CONSTITUIDO, SINO QUE LOS BIENES Y DERECHOS APARECEN INSCRITOS A NOMBRE DEL MARIDO O DE LA MUJER, CON CIERTAS CIRCUNSTANCIAS O DATOS QUE PERMITEN SU ATRIBUCIÓN A UN GRUPO PATRIMONIAL DE FINES PECULIARES Y RÉGIMEN CARACTERÍSTICO.

(Resolución de 11 de octubre de 1941. B. O. de 5 de noviembre.)

En escritura autorizada en Oviedo a 20 de marzo de 1936 por el Notario D. Benedicto Blázquez Giménez, comparecieron doña Rosaura Menéndez Suárez y doña María de las Nieves Suárez Menéndez, y su esposo D. Graciano Martínez Navalón, haciéndose constar: que D. Florentino Suárez Arenas, esposo y padre de las comparecientes, falleció bajo testamento, en el que instituyó herederos a sus hijos D. Félix, doña María de las Nieves y doña María Oliva, y al concebido (luego llamada Flora); que fallecidas doña María Oliva y doña Flora, fué declarada heredera su madre, doña Rosaura; que ésta renunciaba a cuantos derechos le pudieran corresponder en la herencia de su esposo, D. Florentino, y en la sociedad conyugal que con él formó; que la misma doña Rosaura renunciaba también a los derechos que le correspondían como heredera de sus hijas, doña María Oliva y doña Flora; que por otra escritura de la misma fecha, y ante el propio Notario, D. Félix vendió a doña María de las Nieves cuantos derechos y acciones le correspondían en la herencia del padre por

precio de 500 pesetas, manifestando el marido de la compradora, don Graciano Martínez, al conceder la oportuna licencia marital, que el dinero importe de la adquisición era de la propiedad exclusiva de su esposa, y consentía, por tanto, en que los bienes se inscriban a nombre de ella.

Presentadas dichas escrituras, con los documentos complementarios, en el Registro de la Propiedad de Oviedo, el Registrador interino, titular de Pola de Lena, denegó su inscripción (anotación expresa la nota, con evidente error de técnica, según señala la Dirección), entre otros defectos que no interesan, porque siendo ganancial la adquisición de derechos hereditarios, la manifestación hecha por el marido de que consiente la inscripción de los bienes a nombre de la mujer, no basta a remover tal obstáculo, por implicar una donación.

Entablado recurso por el Notario autorizante, la Dirección, revocando el auto presidencial que había confirmado la nota recurrida y dejando a salvo los defectos provenientes del Registro, declaró hallarse la escritura extendida con arreglo a las formalidades legales por las razones al principio expuestas—que son las mismas del primero de los Considerandos de la resolución de 10 de julio de 1935—, añadiendo:

Que realizada la adquisición por la esposa con la licencia de su marido y repetido consentimiento de éste en la adjudicación, ha de reputarse válida y surtir todos sus efectos, debiendo verificarse la inscripción, con las circunstancias que resulten del título, sin que ello prejuzgue las cuestiones que pudieran suscitarse acerca de la condición jurídica de los bienes dentro de la sociedad conyugal o al tiempo de disolverse.

(Resolución de 16 de diciembre de 1941. B. O. de 21 de diciembre.)

La Dirección, en consulta formulada por el Sr. Juez Municipal de Logroño, relativa a si las declaraciones judiciales de ausencia y fallecimiento deben ser inscritas o anotadas al margen de las inscripciones de nacimiento de los declarados ausentes o fallecidos y sobre qué documento debe presentarse para solicitar, en el caso de declaración de fallecimiento, las certificaciones del Registro General de Actos de Última Voluntad, ha acordado lo siguiente:

1.º Las declaraciones judiciales de ausencia y de fallecimiento

deberán ser anotadas al margen de las respectivas inscripciones de nacimiento en el Registro Civil.

2.º Las certificaciones del Registro General de Actos de Última Voluntad, referente a personas declaradas judicialmente fallecidas, podrán obtenerse, mientras no quede organizado el Registro de Ausentes, acompañando a la solicitud el testimonio auténtico del respectivo auto o certificado de la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de las referidas personas, en el cual se transcriba la anotación marginal practicada a consecuencia del referido auto. Una vez anunciado en el *Boletín Oficial del Estado* el normal funcionamiento del Registro de Ausentes, sólo mediante la presentación de las certificaciones expedidas por el mismo podrán obtenerse las del Registro General de Actos de Última Voluntad.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL DE FECHA 28 DE JUNIO DE 1938.—*Interpretación del artículo 28 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales en cuanto se refiere a la distinción jurídico-fiscal entre la Institución Benéfica y el Asilo que tiene a su cargo.*

La Casa Asilo de Hermanitas de los Pobres Ancianos Desamparados y la Casa de Salud titulada San Juan de Dios, ambas de la ciudad de Palencia, fueron instituidas únicas y universales herederas de D. P. de D. y la Oficina liquidadora giró las liquidaciones correspondientes aplicándoles el tipo de liquidación de extraños, tanto por el Impuesto de Derechos reales como por caudal relicto y no el que les correspondería como Institución de Beneficencia particular; siendo de notar que al hacer la partición se dijo que la llamada Casa de Salud cambió de nombre y se llama Orden Hospitalaria de San Juan de Dios y que ésta es la entidad a quien el causante quiso instituir y a la que, en su consecuencia, se hace la adjudicación.

Recurridas esas liquidaciones, el Tribunal Económico-Administrativo provincial las confirmó, no obstante haberse alegado por los reclamantes en el momento oportuno que el Instituto de Hermanitas de los Pobres Ancianos Desamparados está constituido con aprobación de la Santa Sede y autorizado por el Estado español para establecer Casas-Asilos, siendo la establecida en Palencia una filial de aquélla; que el fin del Instituto es el ejercicio constante de la caridad cristiana en la asistencia espiritual y corporal de los ancianos desamparados de más de sesenta años, y que por el Ministerio de la Gobernación había sido el Instituto declarado como de beneficencia particular; y en cuan-

to a la otra institución recurrente se alegó que la Casa de Salud de San Juan de Dios se llama hoy Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, que es la misma personalidad jurídica que ejerce la caridad en Hospitales, Asilos y Manicomios; que por sus fines, humanitarios y benéficos la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios estaba también declarada de Beneficencia particular; y que, por lo tanto, lo procedente era aplicar el núm. 29 de la tarifa en concordancia con el artículo 28 del Reglamento.

El Tribunal Económico-Administrativo provincial fundó la desestimación del recurso en que los requisitos exigidos para aplicar el tipo beneficioso son dos: que la adquisición tenga lugar en favor de los Establecimientos mismos y no de las personas, asociaciones o sociedades que los rijan, y que el carácter benéfico esté declarado por la Administración; de cuyos requisitos concurre el primero, pero no el segundo, en la Casa Asilo de Hermanitas de los Pobres Ancianos Desamparados, por cuanto es el Instituto de Hermanitas de Ancianos Desamparados de Palencia el que fué declarado de Beneficencia particular y no la Casa Asilo, que es persona distinta; y que respecto a la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios no concurre el primer requisito, porque el heredero instituido en el testamento es la Casa de Salud de San Juan de Dios, y en el documento particional la adjudicataria es la Orden Hospitalaria del mismo nombre, esto es, que la adquisición la realiza una Comunidad u Orden Religiosa.

El Tribunal Central Económico-Administrativo acuerda revocar las liquidaciones en cuanto se refiere a la Casa-Asilo de las Hermanitas de los Pobres, declarando serles aplicable el tipo beneficioso y estar exenta del impuesto por caudal relicto, y confirmarlas en cuanto a la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios.

Para llegar a esta conclusión hace la interpretación conjunta de los párrafos (6) y (7) del artículo 28 del Reglamento, y dice que si bien conforme al primero el tipo beneficioso no se aplica cuando la adquisición tiene lugar en favor de personas, asociaciones, sociedades y no de los Establecimientos mismos, el segundo permite aplicarlo cuando al presentarse el documento a liquidación consta la adscripción directa de los bienes al fin benéfico.

Desenvolviendo estos preceptos, estima que la adquisición realizada por la Casa-Asilo hay que considerarla hecha por un establecimiento benéfico por razón de la entidad adquirente y de los fines que reali-

za, porque si el Instituto de las Hermanitas de los A. D., en consideración a sus fines, es institución de beneficencia, igual consideración tiene que merecer la Casa-Asilo por ser integrante de aquel Instituto y ser idénticos sus fines.

Respecto a la transmisión causada a favor de la Orden Hospitalaria dicha, entiende que la diferencia de denominación dada en el testamento llamándola "Casa de Salud, titulada de San Juan de Dios", mientras que en la partición la adjudicación se le hace a aquélla, debe entenderse como un error del testador dada la solvencia moral de la Comunidad adjudicataria, de los albaceas y del funcionario autorizante del documento, lo cual no permite la sospecha de una suplantación de personalidad. Por ello confirma la liquidación en cuanto a esta entidad; pero le reconoce el derecho a pedir la devolución de la diferencia entre lo pagado y lo debido pagar, si en el plazo de cinco años—artículo 28, apartado (7)—acredita que los bienes han quedado adscritos al fin benéfico, debiendo entenderse—añade—"que si la prueba se aporta dentro del plazo indicado, es procedente atribuirle la eficacia legal para pedir y obtener lo mismo la devolución de la cuota de la liquidación satisfecha por el concepto de herencias, que la anulación de aquélla si no estuviere aún pagada, por concurrir las mismas circunstancias y existir iguales razones para una y otra clase de declaración".

COMENTARIOS

Ofrece la precedente resolución algunas particularidades dignas de destacarse y una apreciación jurídico-fiscal, cual es la que en último lugar queda entrecomillada, que, si no roza algunos preceptos reglamentarios, sí los interpreta con una amplitud no acostumbrada en los órganos jurisdiccionales de la Administración.

La interpretación que da el artículo 28 del Reglamento para llegar a la conclusión de que la Casa-Asilo de Palencia debe disfrutar de idénticos beneficios tributarios que la Institución "Hermanitas de los Ancianos Desamparados", de la que es una filial y una inmediata consecuencia, nos parece perfectamente lógica y jurídica, porque, claro está que si las personas o Asociaciones dirigentes del Establecimiento tienen derecho al tipo tributario especial, también lo han de tener los establecimientos que ellas funden para cumplir sus propios fines bené-

ficos estatutarios, y en ese sentido lo mismo es que figure como heredera la Institución misma o el Establecimiento por medio del cual desenvuelve su vida fundacional.

Por consiguiente, si la Institución o Asociación rectora está oficialmente reconocida como de beneficiosa particular, implícitamente lo están también los Establecimientos que de ella dependan dentro de sus fines fundacionales.

Pero esto, que es lo lógico aplicado al caso de las "Hermanitas de los Ancianos Desamparados" de Palencia, debe aplicarse con la misma lógica al caso de la "Orden Hospitalaria de San Juan de Dios", so pena de llegar con una misma norma, aplicada a casos idénticos o análogos, a resultados diferentes.

Se reconoce en la resolución comentada que la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios estaba oficialmente declarada como de beneficencia por razón de los fines de esta clase, que realiza y reconoce asimismo que al instituir el causante heredera a la "Casa de Salud de San Juan de Dios" quiso instituir a la "Orden Hospitalaria" dicha; pero después de eso, en vez de aplicar el mismo criterio que en el caso anterior, se atiene a la letra estricta del apartado (6) del artículo 28 y estima que el hecho de ser adjudicataria la persona o Institución rectora de la Institución, y no el Establecimiento mismo, impide la aplicación del tipo benéfico.

Con este criterio restrictivo contrasta la apreciación que el Tribunal hace después en el párrafo por nosotros subrayado, cuando dice que en el plazo de cinco años pueden los interesados, no solamente pedir la devolución de lo pagado de más, previa demostración de haber destinado los bienes al fin benéfico, sino también pedir la anulación de la liquidación en el caso de no estar pagada.

No discutiremos si el criterio es razonable en principio en cuanto a este último extremo, ni si, como dice la resolución, "concurren las mismas circunstancias y existen iguales razones para una y otra clase de declaración"; pero si nos parece que choca contra el principio general constituido en el artículo 207 del Reglamento relativo a que los actos administrativos de las oficinas liquidadoras, y entre ellos las liquidaciones practicadas, tiene señalado el plazo fatal de quince días para ser reclamados, el cual, como es sabido, no tiene otras excepciones que las contenidas en el artículo 208 del mismo texto reglamentario.

Y a ello no puede obstar, como da a entender el inciso transcrito, el que la liquidación esté o no ingresada.

Reconocemos que el criterio que el Tribunal sienta es razonable, ya que se supone que hecha la justificación de la adscripción de los bienes al fin benéfico, la cantidad a pagar tiene que ser menor que la liquidada; pero no es menos cierto que, reglamentariamente, no se ve medio hábil de que semejante anulación prospere, sencillamente porque es innegable que se da por supuesto también que fué legalmente girada y que, por lo mismo, debió ser ingresada en tiempo oportuno.

Más es: si esa liquidación fué girada con multa, y si, por añadidura, como ocurrirá seguramente, ha incurrido en multa por falta de pago en plazo, ¿qué hacer con el importe de esas multas, sobre todo, si en ellas es participe el liquidador de partido, que es un tercero, a quien en nada pueden afectar las nulidades de liquidaciones legalmente practicadas?

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL DE 14 DE JULIO DE 1938.—*La comprobación de valores practicada en un expediente de investigación capitalizando, sin el detalle de los bienes, el líquido imponible, debe ser modificada al ser presentada por los interesados la relación descriptiva y valorada de los bienes. La inscripción de los bienes en el amillaramiento a favor de uno de los cónyuges, no desvirtúa la presunción de gananciales de los bienes del matrimonio, establecida en el artículo 1.407 del Código civil.*

Esta es la doctrina que sienta la mencionada resolución, la cual no resumimos porque su detalle carece de importancia a los efectos de las dos conclusiones mencionadas.

Sólo diremos que el tema de la presunción lo ocasionó un heredero pretendiendo que la simple inscripción de los bienes en el amillaramiento a favor o a nombre del marido invertía la prueba y hacía que ésta correspondiera a la Administración; y que en cuanto a la otra declaración, ésta fué tomada de oficio por el Tribunal Central, y dió lugar a ella el hecho de que fijado el valor de los bienes globalmente en el expediente de investigación, sin más dato que el del líquido imponible, los interesados, antes de terminarse aquél, presentaron la relación descriptiva y valorada de los bienes, girándose la liquidación

por los valores declarados por ser mayor que el obtenido en la investigación, pero sin cumplir lo prevenido en los artículos 84 y 87 del Reglamento sobre comprobación individual de las fincas.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL DE 25 DE AGOSTO DE 1938.—*Los balances de las entidades mercantiles en el caso de herencia, no son un medio ordinario de comprobación de valores por no ser de los señalados en el artículo 80 del Reglamento; pero sí son eficaces para justificar la rebaja de deudas y fijar el líquido partible.*

Entre los bienes relictos al fallecimiento de doña J. Z. P. figuraba un establecimiento mercantil valorado en 120.000 pesetas.

Al practicar la correspondiente comprobación de valores la Oficina liquidadora reclamó copia del balance, del que aparecen en el Activo partidas que suman 432.799,12 pesetas, y en el Pasivo una partida por acreedores de 190.149,90, y varias más con designación nominal de éstos, que suman, unidas a la anterior, 312.846,86 pesetas. El haber líquido resulta ser el de 119.952,27 pesetas, y el total activo al antes dicho, el cual es tomado por la Oficina liquidadora como base de liquidación de dicho establecimiento sin deducción alguna.

Reclamada la base fijada para el establecimiento mercantil por estimar que su valor real es el de las 120.000 pesetas, diferencia entre el activo y el pasivo; que para acreditar las deudas de un comerciante son justificantes suficientes a los efectos del Impuesto los libros y balance del comerciante; que sus asientos no pueden admitirse en lo que a éste perjudican y rechazarse en lo que le favorezcan, y que entre los medios comprobatorios no figuran los inventarios de los establecimientos mercantiles, el Tribunal Económico-Administrativo provincial desestimó el recurso, entendiendo que la reclamación del balance la autoriza el artículo 124 y que las deudas del comerciante afectan a todo su patrimonio, y por ello, para ser deducibles, se requiere que reúnan los requisitos del artículo 101 del Reglamento.

El Tribunal Central revocó el acuerdo y fijó la base liquidable del establecimiento en las 120.000 pesetas, que era la cifra líquida que resultaba del balance; y para ello tuvo en cuenta: 1.º, que los balances no son medio ordinario de comprobación en las herencias, ya que no lo estima así el artículo 80 del Reglamento, a diferencia de lo que ocu-

re por aplicación del artículo 19 en la disolución de sociedades, y 2.º, que aun admitido el supuesto contrario, no se pueden dividir los elementos esenciales de aquéllos y prescindir del pasivo que arrojen, ya que constituyen conjuntos orgánicos y se complementan las partidas deudoras y acreedoras, de cuya comparación se infiere el estado del negocio y su valor real.

COMENTARIOS

Nosotros, aun reconociendo la elevada autoridad del superior organismo central, no podemos compartir la solución que el fallo emite. Más es, admitimos la doctrina de los dos apartados antes transcritos, pero no la solución, aunque ello parezca paradójico.

Nos parece que es cierto que el balance no es medio ordinario de comprobación en las herencias y que es un todo orgánico del que se desprende el valor efectivo del negocio; pero no vemos la consecuencia entre esas premisas y el fallo.

El balance en el caso actual, sea o no elemento comprobatorio ordinario, sirve para reconocer cuál era el patrimonio del causante y cuáles las obligaciones que sobre él pesaban, y también, claro es, para conocer el caudal líquido que como herencia transmite a sus herederos; pero no hay que olvidar que el impuesto no opera solamente sobre el haber líquido cuando existen deudas y éstas son calificadas como deducibles. Así, cuando en la herencia existe una finca hipotecada, no se limita el liquidador a deducir la carga y a girar el impuesto al heredero por la diferencia y en el concepto de herencia, sino que liquida además la adjudicación para pago del importe del gravamen, ya que, como es sabido, si el heredero adquiere como herencia la diferencia entre el valor de la casa y la carga hipotecaria, el resto hasta el total también lo adquiere, siquiera sea con la obligación de pagar en su día al acreedor hipotecario, esto es, en el concepto de adjudicatario para pago.

De la misma manera, en el caso estudiado, los bienes que constituían el total activo del establecimiento pasan al heredero íntegramente, y no solamente los que representan o equivalen al haber líquido. Quiere decirse que la parte cuantitativa de la herencia que representa la diferencia en más del activo sobre el pasivo se adquiere a título hereditario, y que el resto se adquiere a título o en el concepto de adjudicatario para pago de deudas.

Todo esto en nada contradice el efecto que a los balances e inventarios se atribuyen en el artículo 19 en cuanto a la disolución, prórroga y transformación de sociedades. Antes al contrario, también allí surten esos mismos efectos a que aludimos, según que los actos requieran para su liquidación el conocimiento y fijación del haber líquido o del haber total. En la prórroga, por ejemplo, se opera y liquida solamente sobre el haber líquido; pero en la disolución actúa el impuesto sobre todo el activo, con la consiguiente adjudicación en pago o para pago de las deudas existentes.

No había, pues, otro camino razonable en este caso que el seguido por la Oficina liquidadora exigiendo el inventario y balance comercial. En esto nos parece acertado su criterio; pero no juzgamos lo mismo el razonamiento que expone para considerar no deducibles las deudas que aquellos documentos arrojen invocando el artículo 101 del Reglamento, porque si bien es verdad que éste exige el documento de indudable legitimidad y con fuerza ejecutiva para que la deducción sea posible, y también lo es que los libros de los comerciantes, según la jurisprudencia, no hacen fe a estos efectos, sin embargo, so pena de desarticular el conjunto orgánico de la contabilidad regular comercial, hay que convenir que, en el supuesto estudiado, ésta debe ser eficaz; lo cual no quiere decir que dichos libros, para casos aislados y desarticulados y sobre todo para terceros, sirvan para contrariar la regla general prevista en dicho artículo 101.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. Colegio de Madrid

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1941.—*Competencia.*

En el caso de autos se tramitó previamente a la iniciación del juicio la demanda de pobreza en el Juzgado de primera instancia número 20 de Madrid, ante el cual compareció la demandada interponiendo recurso de apelación contra la sentencia que concedió el beneficio solicitado. Por tanto, es visto que dicha parte litigante prestó acatamiento tácito a la competencia territorial del mismo Juzgado para conocer del incidente de pobreza y del pleito, quedando así renunciado todo otro fuero por el artículo 75 de la ley de Enjuiciamiento civil, ya que, a efectos de competencia, el incidente y el pleito constituyen una unidad procesal (véase art. 21 de la citada ley).

SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1941.—*Carga de prueba.*

Si bien la prueba de la reclamación, tal y como fué originariamente concertado el contrato, corresponde, en efecto, al actor, conforme al artículo 1.214 del Código civil, la de las circunstancias modificativas del convenio en que funda su oposición la Compañía demandada, correspondía a la misma según el expresado artículo y jurisprudencia a él concordante.

SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1941.—*Computación del plazo, dentro del que debe dictarse un laudo.*

La escritura de compromiso fijó el plazo de cuatro meses para dictar la sentencia. Los amigables componedores aceptaron el 1.º de abril de 1940 su cargo. El laudo se dictó el 1.º de agosto del citado año. El plazo terminó el 30 de julio, ya que, según las sentencias de 24 de octubre de 1903, 24 de junio de 1924 y 28 de enero de 1929, aplícanse a la fijación del plazo los artículos 7.º del Código civil y 305 de la ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1941.—*Facultades del Tribunal Supremo, según la ley contra la Usura.*

La extraordinaria facultad que la ley de 23 de julio de 1908 otorga a los Tribunales en orden a resolver, según su convicción, los casos litigiosos a que se refiere, asiste también al Tribunal Supremo, por lo que éste puede examinar las pruebas en los recursos que versen sobre aplicación de la expresada ley; pero la posibilidad de aquel examen no quiere decir que mediante ella la casación se desnaturalice hasta quedar convertida en una tercera instancia, puesto que su objeto y alcance no son sino los que tiene señalados esta Sala al declarar, entre otras sentencias en las de 10 de junio de 1940 y 9 de abril último, que la misma ha de aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la sentencia recurrida, cuando no resulten en absoluta, manifiesta y evidente disconformidad con las resultancias procesales estimadas conforme al artículo 2.º de la mencionada ley especial.

SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1941.—*Competencia.*

El oficio del Tribunal ante el que se ha interpuesto la inhibitoria al Tribunal ante el que se ha entablado la demanda, anunciándole la presentación del escrito promoviendo la cuestión de competencia por inhibitoria, no produce el efecto suspensivo previsto en el artículo 89 de la ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1941.—*Artículo 1.188 del Código civil. Renuncia de acción.*

Según costumbre inveterada en la Banca madrileña, al existir una cuenta corriente entre ella y otra persona, las letras impagadas se devuelven previo asiento de cargo de dicha cuenta, juntamente con una carta al deudor, sin exigir de éste conformidad ni acuse de recibo. El recurrente alega infracción del artículo 1.188 del Código civil, que establece que la entrega del documento justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, implica la renuncia de la acción, que el primero tenía contra el segundo; pero tal acción no puede ser otra que la que nace del documento entregado, en este caso de las letras de cambio devueltas, y en este caso el actor funda su reclamación en el resultado de la cuenta corriente y no puede decirse que renuncia a

su crédito al que en dicha cuenta lo consigna como cargo contra el deudor y lo hace saber a éste expresamente por medio de carta.

SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1941.—*Competencia en cuestión de alimentos.*

Dada la preferencia de la norma legal específica sobre la general concretamente establecida en cuestiones de competencia por el artículo 71 de la ley de Enjuiciamiento civil; dada también la variedad de normas específicas que, en materia de competencia para conocer de las reclamaciones de alimentos, contienen los artículos 309, regla 3.^a, de la ley Orgánica del Poder judicial; 63, regla 21; 1.897, párrafo segundo, y 1.916 de la misma ley procesal, ciertamente informados en criterios disconformes, se llega a la conclusión, como resultado del examen comparativo y armónico de estos preceptos legales, de que en casos como el de autos, en que la petición de alimentos se hace por una mujer, que ha obtenido su divorcio vincular con arreglo a la ley de 2 de marzo de 1932, por sentencia firme, y cuya declaración de nulidad no ha pedido, conforme a la primera disposición transitoria de la ley de 23 de septiembre de 1939, que derogó aquélla, ni solicitado, con arreglo a la séptima, la convalidación de las diligencias incidentales del artículo 68 del Código civil, mediante ratificación en el Juzgado correspondiente en el período de un mes, a partir de la publicación de dicha ley, y se admitan las demandas a que hace referencia el artículo 67, se formula la expresada petición de alimentos en demanda separada, constituyendo el objeto principal y único del juicio; será Juez competente para conocer del juicio el del lugar donde tenga su domicilio el demandado, conforme a la regla 21 del artículo 63 de la ley Procesal.

SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1941.—*Divisibilidad de la confesión.*

No hay en los autos más elementos de juicio sobre este punto que la declaración hecha por el actor al absolver posiciones en pleito seguido sobre tercería de dominio; declaración en la que se dice (sexta posición del segundo pliego): Que si existe a su favor el saldo de 39.349 pesetas "es por lo que vendió Benigno en las escrituras valía menos, pues le debía 70.000 pesetas, y el importe de lo vendido eran sólo unas 25.000 pesetas"; declaración aceptada por la parte demandada, que argumenta sobre ella en cuanto a la cuantía de la deuda o capital prestado, y a la

que en tal extremo hay que dar todo su valor confesorio, pues si bien la Sala sentenciadora estima que esa declaración no puede descomponerse, aceptando dicha cifra como importe de la deuda y rechazando lo relativo al importe de lo vendido, por oponerse a tal separación el artículo 1.233 del Código civil, hay que tener en cuenta que, según dicho precepto, la confesión puede dividirse en cuanto se refiere a hechos diferentes, y lo son indudablemente la cuantía de los préstamos y el valor de lo vendido para su pago, tratándose de dos conceptos, cada uno de los cuales es completo, sin que modifique su sentido por el otro, por lo cual han de tenerse por separables.

Llamamos solamente la atención a que la mencionada confesión se hizo en un pleito de tercería diferente del proceso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo. ¿Qué valor tiene una confesión hecha en un pleito para otro? ¿Se refiere la presunción de la cosa juzgada a este particular? ¿Puede aplicarse el artículo 1.233 del Código civil directamente a una confesión hecha en otro proceso?

SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1941.—*Gravamen necesario para interponer un recurso; situación jurídica del emancipado; situación jurídica del avalista.*

El demandante es endosante de una letra de cambio, y la pagó por falta de pago del aceptante. En el pleito pendiente exige, en vía de regreso, el reembolso contra el avalista de la letra. Este, el demandado, es menor emancipado; su firma fué acompañada por la autorización paternal. El demandado hizo valer la nulidad del aval y la falta de acción del demandante para reintegrarse contra el patrimonio del demandado de la cantidad desembolsada. La Audiencia estima el aval válido; pero niega, en concordancia con la segunda excepción del demandado, la acción del demandante. Contra esta sentencia han interpuesto recursos de casación, tanto el demandado como el demandante.

I.—RECURSO DEL DEMANDADO

1) *Gravamen necesario para interponer un recurso.*—La teoría general de los recursos, que recientemente ha sido enriquecida en nuestra patria por un valioso artículo de Manuel de la Plaza ("El recurso de casación en lo civil, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Revista de Derecho Privado*, 1941, págs. 373 y ss.), exige como re-

quisito previo la existencia de un gravamen para el recurrente (véase Manuel de la Plaza, 1. c. págs. 375, 376). Este requisito es consecuencia obligada del principio de la economía procesal. La Ley de Enjuiciamiento civil no lo sanciona expresamente. Sin embargo, el legislador da por descontado que la resolución recurrida debe ser perjudicial al recurrente (véase, por ejemplo, art. 858, pár. 1.º); y prevé por esta razón el recurso de casación del Ministerio Fiscal que sirve mera y exclusivamente al mantenimiento de la ley (art. 1.782). El Tribunal Supremo, en una reciente sentencia (del 20 de mayo de 1941), adopta expresamente el mencionado punto de vista. Dicha sentencia dice, entre otras cosas: "Es notorio que el recurso es ante todo desestimable, porque dada la situación procesal que las partes ocuparon después de la sentencia, no puede decirse sin error que el recurrente tuviese interés en el mantenimiento de la cuestión litigiosa, puesto que, habiendo obtenido como obtuvo el reconocimiento de su derecho, no era a él a quien ciertamente correspondía velar por la pureza de la interpretación, que es función reservada al Ministerio Fiscal por el medio que le otorgan los artículos 1.782 y concordantes del cuerpo legal aplicable."

Ahora bien; en el caso de autos el demandado había conseguido una sentencia absolutoria, basada en la falta de acción. ¿Qué ventaja puede proporcionarle una absolución apoyada sobre la nulidad del aval? El Tribunal Supremo no se ha planteado la cuestión. Sin embargo, se puede dudar de que exista para el demandado un gravamen jurídicamente estimable, puesto que hay que tener en cuenta, por un lado, que la sentencia no produce efecto de cosa juzgada contra aquellas personas, que tal vez se juzguen con derecho a accionar contra el avalista, y por otro lado, que el efecto psicológico de la sentencia declarativa de la nulidad sobre las almas de aquellos posibles litigantes no es jurídicamente estimable.

2) *Situación jurídica del menor emancipado.*—El Tribunal Supremo se ocupa de dos problemas: ¿Puede él menor emancipado, sin autorización de nadie, avalar una letra de cambio? y ¿Quién debe conferir la autorización caso que exista un conflicto de interés entre el padre y el menor emancipado?

a) El artículo 317 del Código civil no enumera el aval entre los negocios necesitados de una autorización. Aunque se trata de un precepto prohibitivo, y, por tanto, excepcional, una interpretación exten-

siva o analógica es admisible, con tal que corresponda a la idea directriz de aquel precepto. Y, en efecto, en nuestro caso procede tal clase de interpretación. Puesto que aun cuando el contrato de fianza y como una de sus modalidades la operación del aval no estén literalmente comprendidos entre los actos que se prohíbe realizar sin la autorización pertinente al menor emancipado, por concesión del padre o de la madre, están incluidos cuando menos implícitamente y por modo lógico en la forma legal, en primer lugar, porque si bien el fiador no impone un gravamen directo sobre sus bienes inmuebles, compromete o puede indirectamente comprometer dichos bienes, y en segundo término, porque el afianzamiento (comprendiendo en esta expresión tanto la fianza en sentido estricto como el aval) constituye, a la vez que un negocio de carácter abstracto (en la relación entre acreedor y fiador), un negocio accesorio que puede ir unido a un negocio principal y causal de préstamo mutuo, y de no extender al primero, o sea al afianzamiento la prohibición que para este último, o sea para el préstamo mutuo, establece el repetido art. 317 del Código, vendría a eludirse fácilmente el mismo, contrayéndose la obligación principal a nombre de persona distinta con la fianza del menor, que así quedaría sujeto a ella, subrogándose en las responsabilidades del principal deudor a pesar de la prohibición de la Ley.

b) El art. 165 del Código civil alude en su texto literal al caso de oposición de intereses en un determinado negocio entre padres e hijos no emancipados. Pero por aplicación ineludible de los principios generales del Derecho, a los que en defecto de ley se remite el art. 6.º del propio Cuerpo legal, ha de entenderse que cuando existe esa misma incompatibilidad entre los padres y los hijos *emancipados*, no podrán los primeros completar la capacidad de los segundos en la operación de que se trate y habrá de intervenir una tercera persona, siendo en todo caso único tema de discusión el de si esa persona habrá de ser el tutor a que alude el art. 317 (suponiéndose que haya de equipararse al caso de que falten el padre y la madre el de que éstos no puedan intervenir) o el defensor judicial de que habla el art. 165. En el caso de autos existe incompatibilidad de intereses, aunque no en las mismas relaciones cambiarias, si fuera de la letra en las operaciones y contratos subyacentes. En consecuencia, se llega a la nulidad del aval, ya que éste requiere la autorización pertinente y tal autorización falta en el pleito actual.

V A R I A

HOMENAJE A PAUL KOSCHAKER

Los amigos, discípulos y colegas del celeberrimo jurisconsulto, a quien tanto deben los estudios orientalistas, griegos, romanos clásicos, justinianeos y medievales, le han dedicado tres volúmenes para festejar el cumplimiento de los sesenta años (*bis sex lustris feliciter peractis*).

En el primero de los tomos que tenemos a la vista figuran los siguientes trabajos de Derecho romano:

I.—FUENTES.

ALEXANDER BECK, Profesor de Königsberg: *Zur Frage der religiösen Bestimmtheit des römischen Rechts*.

Vuelve sobre la orientación religiosa del Derecho romano, que se apoya mucho menos en las concepciones mágicas que en las profundas ideas transmitidas por las religiones asiáticas a los etruscos y en la íntima unión de los dioses y la ciudad, de *Juppiter optimus maximus* con el culto capitolino.

La palabra *religio* no se deriva de un mágico *ligare*, sino del *relegere* (recoger las tradiciones), y descansa en el pío temor de las altas potestades que dominan la Historia.

W. W. BUCKLAND, Profesor de Cambridge: *Ritual Acts and Words in Roman Law*.

Muchos, aunque no todos, los *negotia* del Derecho romano, requieren el cumplimiento de actos rituales con palabras ciertas y solemnes; pero no se trata de verdaderos diálogos, sino que en los actos

privados *intervivos*, los *certa et sollemnia verba* proceden siempre de la persona que ha de ser beneficiada o que reclama en derecho.

RUDOLF DÜLL, Doctor en la Universidad de Munich: *Triginta dies*.

La influencia de los cultos lunares y la fijación del curso de la luna en treinta días han dejado huellas evidentes en los ritos y normas de los pueblos primitivos, de los judíos, griegos, romanos y germánicos. La treintena (triginta dies) aparece como un plazo de purificación, reflexión o gracia, lo mismo en el Derecho público (declaración de guerra) que en el privado (cumplimiento de obligaciones, tiempo de luto, suspensión o demora por muerte).

PERIKLES K. BIZOUKIDES, Profesor en Salónica: *Algunas observaciones críticas sobre las obras de Gayo y las denominaciones o epígrafes de las mismas* (Aurea, Aureorum libri, Institutiones, etc.).

El texto, en griego, porque una enfermedad de los ojos ha impedido al autor hacer la traducción al alemán.

SIRO SOLAZZI, Profesor de Nápoles: *Sulle tracce de un commento alle Costituzione di Caracalla*.

El autor, que, en un estudio sobre el concurso de acreedores, había afirmado que dos rescriptos de Antonino Caracalla terminaban con una motivación espúrea, porque los emperadores decidían el punto dudoso, pero no añadían el principio jurídico en que se fundaban, se hace cargo de otros rescriptos que se cierran con justificaciones del mismo tipo. De 17 constituciones que emplean la palabra *nam* (porque), apenas cuatro son genuinas. No es verosímil que los compiladores del Código justiniano hayan añadido tantas explicaciones mal redactadas, inútiles, banales o contradictorias de las ideas clásicas, y hay que suponer que los textos imperiales iban ya acompañados de un comentario que pasó a formar parte de las mismas constituciones.

PAUL COLLINET, Profesor de París: *Le Fr. 5-Dig., 19,5, De Praescr. Verbis et in F. Act.: Application de la Méthode critique de Décomposition des Textes*.

Esta nota tiene por objeto poner de relieve uno de los aspectos

menos conocidos de la crítica de las fuentes: la descomposición de los textos en sus elementos originales (identificables o meramente hipotéticos).

Para ello, el autor considera compuesto el citado Fr. 5 de un trozo clásico, en el que Paulo plantea el problema jurídico (hemos convenido: yo emancipar a tu hijo natural, que es siervo mío; tú, emancipar a mi hijo natural, que es siervo tuyo), y de un desenvolvimiento marginal o interlinear hecho en las escuelas bizantinas por uno o varios glosadores, que han completado la doctrina de los contratos in-nominados (do ut des, do ut facias...).

ARTUR STEINWENTER, Profesor de la Universidad de Graz: *Utilitas publica-utilitas singlorum*.

El texto de Ulpiano, que sentaba la división del Derecho en *publicum et privatum*, según atendiera al Estado romano o a la utilidad de los particulares, ha sido sometido a una doble revisión en aras de la unidad del Derecho: de un lado, por los que apuntan la existencia de interpolaciones, ya que la idea de una distinción radical nunca encontró eco entre los jurisconsultos clásicos; y de otro, por los romanistas que, altamente impregnados de las nuevas orientaciones germánicas, se niegan a atribuir al dualismo de intereses la exagerada significación que el siglo XIX ha puesto de relieve. El principio fundamental así concebido y expresado es tan inexacto como antirromano, y debe cargarse en cuenta a los juristas postclásicos.

Nuestro autor, sin profundizar en la significación de ambos términos (público y privado), hace notar que la distinción griega entre comunidad (*coino*) e individuo (*idios*) no implicaba antinomia, y que sólo las corrientes de pensamiento menos elevadas tienden a emparejar derecho y utilidad (Carneades), e influyen en forma tal sobre el pensamiento romano, que Cicerón usaba profusamente los términos *communis utilitas*, *utilitas respublicae*, *communis salus*, aunque sin contraponerlos a la utilidad de los particulares. Plinio nos habla de que Trajano gobernaba bien la república *et ex utilitate omnium*, y se alaba la actividad de Adriano *pro humanis utilitatibus*. A la utilidad común vuelven Lactancio, San Jerónimo y San Agustín. La ampliación del pensamiento de utilidad llevó insensiblemente a reconocerlo como base de la división del Derecho en la reelaboración de las Instituciones de Ulpiano, hecha bajo orientaciones helénicas.

LUDWIG SCHNORR VON CAROLSFELD, Profesor de Königsberg: *Repraesentatio und Institutio*.

El valor jurídico de estos dos conceptos (representación e institución) era conocido por los antiguos, y se trata de averiguar hasta qué punto hicieron uso adecuado de las palabras. Para ello se examina un primer grupo de frases que se refieren a la aparición, representación, recuerdo o escenificación de lo que ya existió o todavía existe (siendo o no identificables ambos elementos), y un segundo grupo en que lo actual entra súbitamente en lugar de lo pensado con anterioridad. Pero en los raros casos en que el Derecho romano admite nuestro mecanismo representativo no emplea la palabra *representatio*, aunque no puede negarse la estrecha relación entre actor (que representa a un muerto) y persona (*repraesentatio personarum*), que más tarde se extendió a quienes no eran cómicos ni imitadores (Silla representaba a Aníbal). En cuanto a la palabra *institutio*, en un principio significaba doctrina o instrucción, y luego el cuerpo mismo o sistema enseñado (*institutio stoica*), el régimen u ordenamiento (*institutio Aequitatis*).

ANDREA GUARNERI CITATI, Profesor de Palermo: *Supplemento II all'Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*.

El afán, por no decir la manía, de buscar interpolaciones en la mayor parte de los textos romanos, explica la formación de estos índices de palabras, frases y construcciones, que los hacen sospechosos y que son verdaderos diccionarios, a pesar de que no comprenden los casos dudosos ni las formas o giros sospechosos solamente en particulares acepciones.

HEINRICH ERMAN, Profesor de Münster: *Zu Justinian*.

No se trata de una biografía, sino de una serie de observaciones sobre el infiel transmisor de la jurisprudencia clásica, que intentó la triple unificación de la ortodoxia, del Imperio romano y del Derecho (Codex legum et Codex juris).

II.—ESTADO Y ADMINISTRACIÓN.

HEINRICH SIBER, Profesor de Leipzig: *Die Wahlreform des Tiberius*.

Parte el autor de la afirmación, corriente entre los historiadores, de que el año 14 de la Era cristiana, Tiberio había transmitido al Senado la facultad de elegir magistrados, que correspondía a los comicios, y examina los textos de Tácito (I-14 y sig.), la recomendación del príncipe, la aclamación, el mecanismo de las elecciones en los tiempos de Augusto y Tiberio, y posteriormente hasta Trajano, y las elecciones sacerdotales, para concluir que no es sólo una mera apariencia, sino una forma de algún valor, la intervención del Senado en los nombramientos (acclamatio, renuntiatio).

FRANZ WIEACKER, Profesor de Leipzig: *Protopraxie und "jus pignoris" im klassischen Fiskalrecht*.

Las necesidades de la Hacienda de las antiguas Comunidades se remediaban con el arrendamiento en manos privadas de las contribuciones e impuestos, cuyas ventajas son innegables: no se soporta el riesgo de la insolvencia del contribuyente, se ahorran los gastos de recaudación y no hay necesidad de montar un imponente aparato financiero. Pero para asegurar la percepción era indispensable que el Fisco se proveyera de garantías (prenda, fianza) y privilegios contra los arrendatarios. De aquí las que hoy llamaríamos hipotecas generales, que permitían embargar el patrimonio de los deudores públicos, ya conocidas en las repúblicas griegas y en el Egipto Tolemaico (*protopraxia*) bajo forma registral. La responsabilidad real de los bienes presentes y futuros de los que contratan con el Fisco (*privilegium fisci*), sus características y su aproximación a la prenda romana (*pignoris vice*) son estudiados con gran erudición.

III.—PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PRIVADO.

MARIO LAURIA, Profesor de Bari: *Ius gentium*.

Los juristas prestan particular relieve a una sola acepción del *jus gentium*: la de "conjunto de normas comunes a Roma y otros pueblos"; pero olvidan otros significados, limitándose a enumerar las ins-

tituciones en aquél comprendidas: compraventa, permuta, tradición, mandato, tutela, gestión de negocios, arrendamiento, sociedad, comodato, depósito, *aliaque similia*. En verdad, el *jus gentium* está en cierto modo incluido en el *jus civile*, pero se contrapone al *jus Quiritium*. No parece que el pretor peregrino fuese su creador, aunque era un Derecho aplicable a los extranjeros.

ALFRED MANIGK, Profesor de Marburgo: *Privatautonomie*.

No cree el autor que el concepto del *negocio jurídico* sea una creación de la técnica envejecida y caduca. En todas las fuentes de Derecho antiguas, desde el Código de Hamurabí, aparece llena de vida y fecunda la autonomía privada, y el negocio jurídico, con sus aplicaciones al derecho de cosas, obligaciones, familia y hereditario, se coloca en primer plano como creador de normas. El autor, que ha consagrado medio siglo al estudio de estos conceptos, apunta como jalones de la función cumplida por los actos autónomos las palabras *lex*, *contractus*, *negotium*, *nexum* y *actus legitimi*.

EMILIO BETTI, Profesor de Milán: *Bewusste Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts*.

Los negocios jurídicos en que las partes, con plena conciencia del significado y de la consecuencia de sus declaraciones, tratan de obtener una finalidad distinta de la que el tipo escogido enfoca corrientemente, rozan con las llamadas reservas mentales y los actos disimulados (donación oculta bajo una venta, por ejemplo); pero a veces se presentan como progresos de la autonomía privada, que intenta valerse de los cuadros legales para conseguir resultados específicos. El Derecho romano nos suministra casos notables de imitación de las antiguas instituciones, dotados de prodigiosa fecundidad (*mancipatio familiae*, *testamentum per aes et libram*, *emancipatio*), y abre el camino a nuestros negocios fiduciarios, que otorgan a uno de los contratantes poderes excesivos y desproporcionados con la finalidad perseguida (venta autorizada para asegurar un crédito). Para deslindar los campos, Betti fija cuatro puntos de vista, desde los cuales han de ser enfocados los supuestos en que las partes, consciente e intencionadamente, se separan de la finalidad perseguida por el negocio típico:

1.º El fin que aquéllos se proponen, ¿es lícito? 2.º ¿Es compatible con el objeto encubierto o disimulado? 3.º ¿Puede ampararse en la voluntad no expresada? 4.º Este acuerdo secreto, ¿adquiere vigor por virtud de consideraciones de equidad y buena fe? El Derecho romano atiende más a la *conducta* de las partes que a la teoría pandectista de la "voluntad verdadera".

ERICH-HANS KADEN, Profesor de Ginebra: *Die Lehre vom Vertragsschluss im klassischen römischen Recht und die Rechtsregel: Non videntur qui errant consentire.*

En el Derecho romano clásico, las declaraciones de voluntad que constituyen el cimiento de un negocio jurídico son apreciadas *objetivamente*, y en la interpretación del mismo no se busca la verdadera voluntad del declarante (*voluntas*) más que cuando existe ambigüedad en las palabras (*verba*). Pero las normas *interpretativas* han sido *transportadas* por los juristas al momento de la *celebración del contrato*, y se ha llegado a la consecuencia de que el contrato no nace cuando las declaraciones recíprocas, consideradas desde un ángulo *objetivo*, no se cubran. Con un magistral examen de las fórmulas "los que yerran no consienten" (*non videntur qui errant consentire*); "si hay error no hay consentimiento" (*error non habet consensum*); "la voluntad del que yerra es nula" (*errantis voluntas nulla est*), el autor llega a la conclusión de que la doctrina del error se ha desarrollado no a la sombra de la Ética a Nicomaco, sino con un marcado paralelismo y aproximación a la teoría de la violencia (*vis*) y del miedo (*metus*) como vicios del consentimiento, en un período postclásico.

AUGUST SIMONIUS, Profesor de Basilea: *Bemerkungen zur römischen Irrtumslehre.*

Frente a los especialistas del siglo XIX, nadie cree ahora que los romanos mantuvieran incondicionalmente el *dogma de la voluntad*, porque cuando la de uno de los contratantes era la consecuencia de un error desconocido para la otra, el texto del contrato se imponía como un *mandamiento* (*lex*) desligado de los precedentes que no se hubieran exteriorizado. Así la doctrina inglesa: quien por su conducta despierta en otro hombre razonable el convencimiento de que aprueba un contrato, queda obligado. Sobre esta base, el autor procura contestar

la siguiente cuestión: ¿En qué casos admitía el Derecho romano la ineficacia del contrato celebrado con error unilateral desconocido para la otra parte? Y pasa en revista el *error in materia, in substantia*, la venta de *acetum pro vino* (vinagre en vez de vino), *aes pro auro* (bronce por oro), el *error in corpore*, como contrapuesto al *error in nomine...*, y rechaza la idea de un contrato inexistente o viciado de nulidad absoluta cuando el error unilateral sea totalmente desconocido para la otra parte. Hasta los mismos juristas del tiempo de Justiniano eran menos partidarios del dogma de la voluntad de lo que se afirma, aunque se alejan del principio de la *confianza* en lo convenido.

IV.—DERECHO DE LAS PERSONAS Y DE FAMILIA.

FERNAND DE VISSCHER, Profesor de Lovaina: *Aperçus sur les origines du Postliminium*.

El problema de los orígenes del *postliminium* no ha sido explorado. Esta institución arcaica aparece cabalgando sobre el Derecho de personas y el de bienes, o mejor dicho, es anterior a la división. La unidad combatiente primitiva (el guerrero, dos caballos y uno o dos esclavos) constituye la base de un privilegio concedido al padre de familias para recuperar las fuerzas sometidas a su mando y los elementos patrimoniales empleados en la guerra (esclavos, caballos, mulos y más tarde barcos). Cuando éstos eran aprehendidos por el enemigo (en tiempo de paz como en tiempo de guerra), bastaba que los hombres libres retornasen a la ciudad o que los otros *objetos* recayesen en la posesión del ciudadano (*intra fines*) para que se recobrase la posición jurídica perdida.

PIERRE NOAILLES, Profesor de París: *Juno, déesse matrimoniale des romains*.

Juno juega un importante papel en las bodas romanas y protege a las mujeres casadas. Su matrimonio con Júpiter es el prototipo de todos los matrimonios. El Derecho civil y la religión marchan estrechamente unidos en estos particulares. Las ceremonias nupciales (invocaciones, sacrificios) pertenecen a un culto privado, familiar o gentilicio y son muy distintos del rito público de la *confarreatio*. En los bajorrelieves, Juno aparece como *pronuba*, toma las manos de los

esposos y las junta (*dextrarum junctio*). A su lado figuran una serie de dioses conyugales (dii nuptiales) de menor cuantía o del momento, cuyas funciones y nombres (Juga, Domiduca, Interduca, Cinxia, Subigus, Prema, Pertunda, Perfica) escandalizaron más tarde a los Padres de la Iglesia, y también los dioses agrarios, como cuando se abre un nuevo campo al cultivo.

K. HARADA, Profesor de Tokio: *Zwei Quellenstellen zum Patronatsrecht*.

Examina dos textos justinianeos relacionados con el patronato sobre el *libertus orcinus* o esclavo emancipado directamente por el testador, y que solamente adquiriría el estado de libertad con la adición de la herencia.

V.—DERECHO DE COSAS.

GEORGES CORNIL, Profesor de Bruselas: *Du Mancipium au Dominium*.

El villorrio formado por las tres tribus (Ramnes, Tities y Luce-res), donde predominaba el elemento latino, de tipo indoeuropeo, patriarcal y agrario, se transformó hacia el siglo VII antes de Cristo en la ciudad (Urbs Roma), donde los etruscos, pueblo oriental de traficantes, piratas y guerreros, establecieron el centro de su autocracia. La antigua familia, unidad religiosa fundada por los antecesores y animada por los dioses lares y penates, comprendía la mujer e hijos, los clientes (más tarde, esclavos), las personas libres *in mancipio*, los predios (casa y campo), los animales domésticos (bueyes, caballos, mulas, asnos) y los derechos sobre fincas ajenas. El padre de familia era el titular de una potestad que tenía tanto de protectora como de autoritaria (*manus* o *mancipium*), y de un señorío sobre las cosas inanimadas (*possessio*), que le permitía disponer a su arbitrio de los objetos que tenían puramente un valor económico (*pecunia*). Esta organización latina fué transformada por las concepciones etruscas, autocráticas e individualistas; el poder tuitivo sobre los antiguos clientes se cambió en señorío total sobre los esclavos, y todos los otros elementos materiales descendieron a la categoría de mercancías (*res*). Así los dos órdenes de valores (*res Mancipi res nec Mancipi*), antes sometidos al *mancipium* y a la *possessio*, respectivamente, quedan asumidos en el *dominium*, poder arbitrario de disposición.

MAX KASER, Profesor de Münster: *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*.

En los albores del Derecho romano, las servidumbres prediales (*iter, actus, via, aquaeductus*) no aparecieron como derechos reales en cosa ajena, sino como participaciones en la faja de terreno que cubre el camino o la conducción. Al asegurar Ulpiano que el lugar del predio no es del dominio de la persona a quien se debe, combate una concepción generalizada acaso entre los laicos. Su nombre, *jura praediorum*, su establecimiento por un acto de entrega (*dare*), su inclusión entre las cosas familiares (*mancipi*), etc., así lo prueban; y algunos autores llegan a establecer una propiedad solidaria entre el dueño del predio dominante y el del predio gravado por la servidumbre ajena. De igual modo en el usufructo, considerado como *pars dominii*, encontramos una demostración del carácter unitario de la propiedad que no sufre mermas por el derecho ajeno. La construcción de la propiedad como un haz o conjunto de derechos (*uti, frui*, etc.), agrupados en una mano, es totalmente contradictoria del desenvolvimiento romano. "El predio es mío, los frutos te pertenecen", se decía en un principio, y sólo en tiempos de la República se apoyó el derecho de usufructo sobre la distinción de la *species* y la *substantia*.

WALTER ERBE, Ayudante de la Universidad de Berlín: *Pfandverkauf und Eviktion nach Klassischen römischen Recht*.

En el año 1921 había publicado el célebre romanista italiano Guarneri Citati un estudio sobre los efectos del pacto de no responder por evicción (*pactum de non praestanda evictione*) y la regla que exime al ejecutante de la obligación de prestarla (*creditorum evictionem non debere*), llegando a la afirmación de que ni las fórmulas ni el fondo son clásicos. Al contrario, los juristas clásicos sólo liberaban al acreedor de esta responsabilidad cuando mediaba pacto expreso, y el comprador carecía de acción de retorno contra el deudor si era privado de la cosa vendida en virtud de la fiducia o de la prenda. Los bizantinos, añadía Citati, eximían al acreedor ejecutante y gravaban al deudor, que, por la venta, quedaba libre de su deuda, con las responsabilidades de la evicción. Para el autor, el título del Código (8-45): *Cred. evict non debere*, aunque haya sido formulado por Triboniano, reproduce el Derecho romano clásico. El comprador de

la cosa pignorada, una vez desposeído, nada podía exigir del acreedor pignoraticio, como si aquél hubiese asumido el riesgo de la operación. Se exceptuaban los casos de dolo del acreedor y prioridad de otro acreedor. Sobre estas bases, concluye, los bizantinos han traspasado las obligaciones por evicción al pignorante.

* * *

PEDRO DE APALATEGUI: "El pacto de reserva de dominio". *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núms. 4-5.

Como un caso de clínica jurídica presenta el veterano profesor, hoy encargado de la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad Central, un contrato de venta de material agrícola en el que la Casa constructora continúa siendo la propietaria de una máquina hasta que se satisficieren todos los plazos del precio, y el agricultor, depositario y usuario de la misma, y después de examinar el fondo del problema y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, llega a las siguientes posiciones:

a) El vendedor pierde el disfrute de la cosa vendida, la libre disposición (porque sólo puede transmitir al comprador) y el puro derecho de reivindicar, mas puede vigilar la cosa e impedir su transformación o destrucción.

b) Al comprador corresponde la facultad de disfrutar y ejecutar todos los derechos de la propiedad, con la limitación exclusiva de la libre disponibilidad y transmisibilidad.

Queda, por lo tanto, centrado el pacto de reserva sobre la teoría de las prohibiciones de enajenar, lo cual equivale a colocar el problema en un terreno resbaladizo, porque son muchas las dudas que viven a la sombra de aquella teoría. ¿Es lo mismo prohibición de disponer que inembargabilidad? ¿Se trata de tipos negativos a los que no corresponde una titularidad real contrapuesta? ¿Pueden admitirse a la sombra del art. 1.255 del Código civil, con efectos reales, todas las figuras creadas por contratos? ¿Cuáles son los efectos jurídicos de la extralimitación? Y esto, dejando a un lado los temas relativos al carácter de la condición (suspensiva o resolutoria), a los efectos de la quiebra del vendedor o del comprador, a las ventas realizadas, con la obligación de pagar el resto... y otros desenvueltos por el Sr. Candil en su monografía *Pactum reservati dominii*.

Es interesante seguir, en lo que va de siglo, la lucha de las distintas clases de acreedores para asegurar la efectividad de sus respectivos derechos. Los que llamamos *dinerarios* se colocan al amparo de la prenda, sin desplazamiento; los *suministradores* utilizan el pacto *reservati dominii*, y los Bancos conceden con frecuencia sus créditos sobre la garantía de una *cesión en seguridad*. Todos fuerzan los moldes del clásico Derecho civil, hacen caso omiso de las exigencias de la publicidad, y, en cierto modo, contrarían los desenvolvimientos jurídicos que la naturaleza de las cosas parece imponer en materia de garantías reales.

¿Se trata de facilitar la venta de mercancías, de adquirir un lugar privilegiado en el posible concurso de acreedores, de evitar la alarma de otros interesados o de engañar a los terceros con las operaciones clandestinas?

Lo cierto es que no en balde se fuerzan las leyes de la naturaleza y que las dificultades surgen a cada nuevo paso: cuando hay incorporación de las cosas *pignoradas* a otras libres, cuando se enajenan de buena fe (véase el art. 464 de nuestro Código civil) o cuando se llega al concurso o a la quiebra de uno de los contratantes sin haber ejercitado las respectivas acciones.

MIGUEL FENECH: *La posición del Juez en el nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*. (Espasa-Calpe, 1941. 219 páginas.)

El libro que tenemos a la vista, dedicado a Leonardo Prieto Castro, prologado por Jaime Guasp, y debido a la pluma de Miguel Fenech, reúne algunos de los más conocidos nombres de la joven ciencia procesal española, y atrae ya por ello irresistiblemente nuestra atención. Pero como si ello fuera poco, el mencionado estudio aborda uno de los temas más atrayentes de la actualidad: la posición del Juez en el nuevo Estado. Precisamente en esta REVISTA hemos puesto de relieve con frecuencia los perfiles nuevos que ya se esbozan vagamente en el horizonte jurídico político-procesal, y comprobamos con alegría y satisfacción que el Sr. Fenech, aunque nadie le gana en el conocimiento de la literatura extranjera, no ha descuidado por ello la bibliografía patria (1).

(1) Véanse, a título de ejemplo, las notas 221, 223, 231, 246, 248, 271, 274, 275, 287, 292, 296, 301, 307, 311, 345.

Fenech inicia su obra—librito según el tamaño, pero obra con arreglo a su contenido—con una introducción metodológica. Esta introducción adopta como método de trabajo la “teoría de los tipos ideales”, para la cual el material histórico sirve sólo de comprobación, pero jamás de refutación. La teoría de los tipos ideales no es, en realidad, sino una aplicación especial de nuestro método general de pensamiento. El pensamiento humano edifica con elementos reales segundas y terceras “capas del pensamiento”, que simplifican la realidad para hacer posibles cálculos sencillos. Después de haber llegado a ciertos resultados, se retransportan éstos a la realidad, lo que puede dar lugar a determinadas modificaciones (1). Pero sólo una discrepancia total de la realidad de los resultados del sistema intelectual motivará una rectificación del último, mientras que desviaciones parciales pueden ser explicadas como consecuencias de la impureza de la realidad. En esta medida, habiendo una discrepancia entre la teoría y la realidad, las palabras anecdóticas “tanto peor para la realidad”, atribuidas a Hegel, conservan todo su valor.

La primera sección trata del Estado liberal y de su justicia. El Estado liberal se caracteriza, en el entender de Fenech, por el reconocimiento de derechos individuales supraestatales, mientras que la división de poderes es sólo una institución accesoria, aunque suele existir en la realidad histórica. Fenech describe la separación de los poderes según la fórmula tradicional. No queremos dejar de mencionar que nos parece preferible la concepción de Hauriou (2), que distingue en la soberanía poderes políticos y jurídicos: los poderes políticos son el poder legislativo y el poder ejecutivo (a los cuales Hauriou piensa añadir el poder electivo); la jurisdicción es, en cambio, un poder jurídico. La jurisdicción es una forma de la soberanía del pueblo, en el ver de Hauriou (l. c. pág. 39), y no es un poder de gobierno. Al exponer la justicia liberal, Fenech distingue acertadamente al *Juez como funcionario de la actividad judicial*, investigando a continuación y separadamente las influencias del Poder legislativo y ejecutivo sobre la posición administrativa del Juez y sobre el contenido de su actividad. El liberalismo, conforme se expresa en la Historia, se opone resueltamente a cualquier influencia sobre la actividad judicial; en cambio, transi-

(1) Véase REVISTA CRÍTICA. 1941, pág. 649.

(2) *Principes de Droit Public* (segunda edición), Sirey. 1916, pág. 36.

ge en muchos países liberales con una influencia sobre la posición administrativa del Juez (nombramiento, traslado, destitución, etc.).

La sección segunda es consagrada al Estado totalitario y a su justicia. Dicha sección ocupa tres cuartas partes del libro, a diferencia de ciertos estudios extranjeros acerca del mismo tema, que prefieren una exposición detallada del sistema liberal bien conocido a la ardua exposición de la tierra incógnita de la teoría jurídica totalitaria. Pensamos, por ejemplo, en el libro de Tigges sobre la posición del Juez en el Estado moderno (1935). El Estado totalitario se caracteriza, según Fenech, en el aspecto interno, por ser *sintético* —frente a la tesis del Estado absoluto y la antítesis del Estado democrático—, *orgánico* —jerárquicamente organizado—y *democrático* —reconociendo la soberanía del pueblo; en el aspecto externo, el Estado totalitario se caracteriza por *aspirar a un Imperio* , es decir, un espacio vital hacia el que puede irradiar su idea misionera. Fenech examina luego los diferentes Estados totalitarios.

A continuación Fenech indaga la justicia en el Estado totalitario, distinguiendo de nuevo entre Juez “qua” funcionario y la actividad judicial. En el Estado totalitario, el Príncipe (el “Führer”, el “Duce”, el “Caudillo”, el “Conducator”, etc.), que no coincide siempre con el Jefe del Estado—piénsese, por ejemplo, en Italia o Rumania—, asume todos los poderes, y entre ellos también la jurisdicción.

Fenech evidencia su tesis, por ejemplo, respecto a Alemania. Además de la multitud de los argumentos esgrimidos por Fenech, podrían destacarse hoy día aún los siguientes: El “Führer” como Juez Supremo tiene el derecho de gracia, y puede abolir un proceso penal pendiente (Ley del 16-II-1934, art. 2.º, en combinación con la Ley del 1-VIII-1934 “über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs”). Según la Ley del 16-IX-1939 “zur Aenderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrmachtstrafverfahrens und des Militärstrafgesetzbuchs”, se introduce en la legislación alemana un “ *ausserordentlicher Einspruch* ” (“oposición extraordinaria”) del “Führer” respecto a sentencias penales firmes (art. 3.º y segunda sección de la Ley). En virtud de esta Ley puede interponerse una oposición contra cualquier sentencia penal dentro de un plazo de un año después de la firmeza, si se estima necesario un nuevo debate y una nueva resolución a causa de graves objeciones contra el contenido de la sentencia. Una Sala especial del Tribunal Supremo resuelve luego de nuevo sobre

el caso. En asuntos militares se designa expresamente en la Ley, como titular del derecho a oponerse, al "Führer", mientras que en asuntos no militares la Ley atribuye dicho derecho al "Oberreichsanwalt" ("Fiscal del Tribunal Supremo"). Sin embargo, el "Oberreichsanwalt" actúa sólo por orden del "Führer". El mismo Freisler ("Deutsches Gemein-und Wirtschaftsrecht", 1941, pág. 224 y ss.) llama la atención sobre la importancia fundamental de esta disposición. Mencionemos de paso como otras expresiones del Estado totalitario el robustecimiento de las facultades del Tribunal, por un lado, hecho evidenciado, por ejemplo, por el art. 24 del Decreto del 1-IX-1939 (Reichsgesetzblatt I, pág. 1.660), que permite al Tribunal rechazar según su libre arbitrio cualquier proposición de prueba en el proceso penal (véase Schwarz, "Beweiserhebung und gerichtliche Aufklärungspflicht im Strafprozess", en "Deutsche Justiz", 1940, pág. 1.288), y la perforación de la santidad de la cosa juzgada, por otro lado, hecho este último ya demostrado por el mencionado derecho de oposición del "Führer" contra sentencias firmes y que se exterioriza asimismo en el Decreto del 21-II-1940 "sobre la competencia de los Tribunales penales", el cual admite la "Nichtigkeitsbeschwerde" (queja de nulidad) contra resoluciones judiciales firmes en materia penal. También merece mención la teoría alemana del Derecho procesal que quiere imponer al inculcado un deber de decir la verdad y se cristaliza en las célebres palabras de Thierfelder, aceptadas por Hegler: "El autor lucha al lado del Estado contra su propia conducta", tesis combatida por Erik Wolf ("Zur Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren", en "Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", 1937, pág. 177 y ss.). Finalmente merece mención la Ley del 15 de julio de 1941 que permite la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles. He aquí la "publicistización" del proceso civil. En la esfera del Derecho penal destaca en Alemania sobre todo la abolición del principio "nulla poena sine lege", abolición contra la cual se expresaron en el Congreso de Derecho comparado en el Haya Bélgica, Italia, Austria, Rumania, Checoslovaquia, Hungría y los Estados Unidos, mientras que abogaban a su favor Alemania, Finlandia y Portugal (véase Dahm, "Richter und Gesetz auf dem Haager Kongress für Rechtsvergleichung", en "Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", 1937, págs. 737 y siguientes). El libro más importante en esta materia es el de Frank, bien conocido a Fenech, sobre "Nationalsozialistische Strafrechtspoli-

tik" (Munich, 1938) (La política nacionalsocialista en el campo del Derecho penal). El Partido nacionalsocialista, cuyo papel de portador de la concepción nacionalsocialista ha sido reconocido por el "Führer", crea las normas prohibitivas y preceptivas de determinadas conductas y subyacentes a los tipos legales en el Código penal, es decir, crea las normas en el sentido que Binding da a esta expresión (1. c. págs. 20, 21). Se puede distinguir a estos efectos el Partido, el Ejército y el Estado. La antijuricidad consiste en una infracción del Derecho penal del Partido, del Ejército o del Estado (1. c. págs. 30, 31). Finalmente, mencionemos el hecho de que el Decreto del 3 de abril de 1941 ha creado en Alemania el Tribunal Supremo administrativo del Reich. Sus miembros no están sujetos a instrucciones al dictar sus fallos, y emitirán su voto conforme a su conciencia y a la interpretación del Derecho, inspirada en el espíritu nacionalsocialista (véase Segismundo Royo Villanova, "Lo Contencioso-administrativo en los Estados totalitarios", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1941, pág. 323) (1).

Al hablar de España, hubiera podido ser mencionado el libro de Luis Legaz y Lacambra, "Introducción a la teoría del Estado nacionalsindicalista" (Barcelona, Bosch, 1940). La Ley española sobre el testamento de José Antonio confirma la tesis de Fenech, según la que la Ley totalitaria no requiere como característica la generalidad.

Tal vez las partes más interesantes del libro sean aquellas que se refieren a la "Rechtsfindung" ("búsqueda y hallazgo del derecho"), puesto que investigan el problema de las fuentes y el de la interpretación del Derecho. Sin embargo, no podemos entrar en detalles so pena de excedernos de los acostumbrados límites de una reseña bibliográfica.

En resumidas cuentas: El libro de Fenech domina la inmensa bibliografía extranjera y patria y constituye la única tentativa de sistematizar las nuevas corrientes en tan importante materia. La obra es en todas sus partes original y profunda y una brillante aportación a la ciencia española. No creemos equivocarnos si profetizamos que el estudio de Fenech tendrá una gran influencia en la literatura jurídica, franqueando victoriosamente las fronteras de España.

LA REDACCIÓN.

(1) Véase también *Información Jurídica* (1941, núm. 8, págs. 22-23).