

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVII

Diciembre de 1941

Núm. 163

## Mayoría de edad en Cataluña

El predominio del Derecho romano, declarado segundo supletorio del de Cataluña por la ley única del volumen I, libro 1.º, título XXX. de las Constituciones, consagró en dicha región la mayoría de edad a los veinticinco años, hasta que la ley del extinguido Parlamento catalán de 8 de enero de 1924, publicada en el *Boletín de la Generalidad*, fecha 11 de igual mes y año, en su artículo 1.º estableció la mayoría de edad para los que han cumplido veintiún años y para los que, habiendo cumplido los dieciocho, contraen matrimonio.

Mas la ley de 8 de septiembre de 1939, contenida en el *Boletín Oficial del Estado* de 30 del propio mes y año, dispone:

"Artículo único. Quedan sin efecto, y, por lo tanto, dejarán de aplicarse desde esta fecha, todas las leyes, disposiciones y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, restableciéndose en toda su integridad el derecho existente al promulgarse el Estatuto."

La publicación de esta ley ha planteado el siguiente problema: ¿Quiénes alcanzaron la mayoría de edad conforme a la ley derogada, por haber cumplido durante su vigencia los veintiún años, y al tiempo de dictarse la de 8 de septiembre no hayan llegado aún a los veinticinco años, habrán de continuar siendo mayores de edad, o no, de suerte que en este caso hoy serán reputados menores, ya que la ley de 8 de septiembre ordena el restablecimiento en toda su integridad del derecho existente al promulgarse el derogado Estatuto de Cataluña?

Ha nacido esta cuestión, sin duda, de que dicha ley no ha previsto

el caso citado, a diferencia del Código civil, el cual, teniendo en cuenta que la mayoría de edad se alcanzaba al tiempo de su publicación a los veinticinco (ley 6.<sup>a</sup>, tít. III, partida 6.<sup>a</sup>. Novísima Recopilación, libro 10, tít. I, 3.<sup>a</sup>, y ley de Matrimonio civil, art. 64), evitó un problema como el que hoy nos ocupa, declarando, por su disposición transitoria 5.<sup>a</sup>, emancipados y fuera de la patria potestad a los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar a regir el Código, ya que, de haber omitido esta regla y guardado silencio sobre el particular, habríase ofrecido la cuestión de determinar si quienes al tiempo de publicarse el Código, tuvieran cumplidos los veintitrés años, sin llegar a los veinticinco, habrían de continuar rigiéndose en el particular relativo a su capacidad por el derecho anterior hasta alcanzar según éste la mayoría de edad, o, por el derecho nuevo representado en el Código civil.

Sin duda que los legisladores de éste consideraron excesivo el límite de los veinticinco años, teniendo en cuenta, de una parte, factores individuales—el progreso, con sus medios de educación, instrucción, cultura, etc., permite un más pronto desarrollo de las facultades intelectuales, que autoriza, a su vez, sea la mayoría de edad, y con ella la plena capacidad, antes reconocida—, y, de otra parte, factores sociales y económicos de la vida moderna, que imponen se dé una mayor facilidad al sujeto para desenvolverse por sí solo con relación a ellos.

Transcurridos cincuenta y dos años desde la publicación del Código, las mismas razones individuales y sociales expuestas, desarrolladas, a su vez, en ese lapso de tiempo, han hecho pensar en la conveniencia de reducir aún el límite de los veintitrés años fijado en el artículo 320 del Código civil para el comienzo de la mayoría de edad, y se invoca además, por juzgarlo pertinente al caso, el artículo 4.<sup>o</sup> de nuestro propio Código de Comercio, según el cual, y por lo que a este extremo respecta, tienen capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio quienes hayan cumplido los veintiún años, y a este tenor, la variedad de problemas de difícilísima solución a que da lugar este artículo del Código de Comercio, comparado con el 320 del Código civil. Asimismo, y en igual sentido, el Apéndice foral aragonés, que, recogiendo el sistema de los Fueros, declara comenzada la mayoría de edad a los veinte años, y, por último, el buen número de legislaciones extranjeras que adoptan la edad de veintiún años (Francia, Italia, Portugal, Alemania, Inglaterra, Suecia, Estados Unidos, Méjico, Guatemala y Colombia).

¿Cómo orientarnos hacia una solución en el problema que encabeza estas líneas?

Parécenos incuestionable que una ley, al derogar a otra, puede hacerlo con distinto alcance; esto es: cabe que se refiera únicamente a las situaciones que se originen con posterioridad a aquélla: entonces se dirá que la derogación mira sólo al porvenir, o bien que se extienda incluso a los estados de derecho creados al amparo de la ley derogada, y esto en mayor o menor medida, a su vez, según la propia ley nueva. El alcance derogatorio de ésta creemos ha de deducirse, ante todo, de los términos de la misma, mucho más en cuanto se trate de hacer extensiva la derogación a las situaciones creadas con anterioridad a ella. Y si nos fijamos en la propia ley de 8 de septiembre de 1939, observaremos que, sobre nada decir relativo a su aplicación a las situaciones jurídicas últimamente referidas, es que su texto parece inducir lo contrario, cuando expresa: "Quedan sin efecto, y, por lo tanto, dejarán de aplicarse *desde esta fecha*, todas las leyes, disposiciones y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña...", con lo que parece fué propósito del legislador circunscribir al futuro la aplicación de la nueva ley, indudablemente por su terminología más específica y taxativa de lo que suele serlo de ordinario la derogatoria de otra, limitada por lo común a declarar queda derogada la ley anterior, a menos que en la intención del legislador esté darle efectividad en cuanto al pasado, y, en tal caso, indisputable que jamás padece la omisión de las frases o conceptos que sean necesarios a darlo a entender así, y por iguales razones la colocación en la ley de una frase como la que hemos subrayado en la de 8 de septiembre de 1939, lo suficientemente expresiva, a nuestro juicio, para hacernos entender que la misma responde a un designio del legislador en lo que concierne a los efectos de la ley con relación al tiempo, y en modo alguno admitir que la haya deslizado en el texto impensadamente. En las fórmulas escuetas de las leyes es de suponer a las palabras cargadas de intención.

Desde el punto de vista de los principios, hay quienes consideran anómalo que se admitan retrocesos en materia de capacidad, e invocan al efecto el artículo 319 de nuestro Código civil, a tenor del cual la emancipación, una vez concedida—por el padre o la madre—, no puede ser revocada. Cabría pensar que esta limitación sólo puede contraerse al caso expresamente previsto, o sea el de la emancipación voluntaria, mas en sustitución de esta norma, para casos como el debatido, en el cual parece que sólo juega la ley como elemento decisivo, este elemento

está, en nuestro sentir, en el alcance derogatorio de la misma, según sus propios términos. Por el contrario, no encuentran otros que sea tan absolutamente anómalo el retroceso en materia de capacidad, por juzgar que algún caso se da según nuestra jurisprudencia, e invocan al efecto la del Tribunal Supremo, según la cual, del poder confetido por mujer soltera ya no podrá usár el mandatario de aquélla sin consentimiento del marido de la misma, si hubiese ésta contraído matrimonio: mas ha de notarse la diferencia que separa tal caso del que sirve de tema a estas notas, porque en aquél es lo cierto que con posterioridad al otorgamiento del poder ha ocurrido un hecho que influye muy notablemente en la capacidad jurídica de la mandante, cual el de su matrimonio. como si en lugar de éste hubiese acontecido cualquiera otro de los que, según nuestro Código civil, acaban el mandato (art. 1 372), *verbi gratia*, la interdicción civil o insolvencia del mandante o del mandatario. E invocan, por último, lo contradictorio que parece resultar el retroceso aludido, en tanto hubieran de seguir surtiendo efecto, necesariamente, en interés no sólo de quien de otro modo resultaría menor de edad, sino de las terceras personas que con el mismo hubiesen contratado los actos jurídicos contraídos por el mismo durante una mayoría de edad de la que después se le priva, a la par que dejara subsistentes los efectos de ella. Así, suponiendo que quien fué mayor de edad conforme a la ley derogada hubiese comprado a plazos un inmueble durante tal periodo de su mayoría, si entendemos que la derogación le vuelve a la minoridad, y admitimos que para pagar hoy uno de los plazos necesita de la asistencia de su padre o madre a fin de procurarse los medios económicos para ello, y el padre o la madre le niegan su asistencia. ¿qué hacer entonces? ¿Declarar extinguido dicho contrato, pese a los intereses del vendedor, que contrató con una persona entera y absolutamente capaz al momento de celebrarlo? Semejante solución nos hace pensar en el supuesto de quien contrata con la más absoluta capacidad y, si a los cinco años cae en demencia, fueran anulados entonces los actos jurídicos celebrados por el mismo cinco años antes. Y si, por el contrario, en el caso propuesto hacemos valer la compra a plazos, esto sería bastante a desvirtuar por sí el principio según el cual el comprador había vuelto a la menor edad, porque si el padre o la madre seguían negándole su asistencia, sería obligado proporcionar al menor medios jurídicos para obtener de por sí los referidos elementos económicos, con los cuales atender al pago del plazo pendiente.

Y, por último, que si la ley ha de interpretarse pensando siempre en su razón final, en tanto se admita que parece excesiva la de veinticinco, y aun la de veintitrés, como límite de la mayoría de edad, por lo cual prepondera la tendencia legislativa a fijarla en los veintiún años hasta el punto de pretender algunos autores, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, que el límite de la mayoría de edad fijado por la ley de un determinado país debe regir incluso para los extranjeros que se encuentren en su suelo, aunque su ley nacional respectiva exija una edad superior para lograr la mayoría, no se colige qué razones pueden inducir a interpretar una ley, para resolver las dudas que la misma puede ofrecer, en sentido contrario a aquel en que sin duda se inspiraría una ley que viniera a reformar la anterior en el sentido demandado por la Ciencia y por el moderno Derecho comparado.

Respecto del segundo caso en que la ley derogada hacía mayor de edad, o sea aquel en que, habiendo cumplido dieciocho años, contrae matrimonio, pudiera parecer exclusivismo formalista el de atenerse para precisar el alcance derogatorio de la nueva ley meramente a sus palabras, como hasta ahora hemos hecho, para con los que han cumplido los veintiún años. Huyendo de tal riesgo, vengamos a buscar más a fondo el alcance derogatorio de la repetida ley de 8 de septiembre, y así, con criterio finalista, enjuiciar si, por la índole de la reforma misma, debe ser interpretada la ley derogatoria, y resuelta la duda que la misma con su silencio inspira en el sentido de dar a ésta un alcance abrogatorio extenso y hacia el pasado: y en verdad que una mayoría de edad provocada por el matrimonio contraído antes de llegar a la requerida para ello, en general, no es nuevo en las legislaciones peninsulares, si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 10 del Apéndice de Aragón, son mayores de edad, además de los que han cumplido veinte años, los menores de esta edad desde el momento en que contraen matrimonio. Es decir, que resulta aún más extremado el criterio de la legislación aragonesa, según la cual ni siquiera es preciso haber cumplido los dieciocho años para alcanzar la mayoría de edad por matrimonio.

Otro extremo comprende, finalmente, la ley citada del fenecido Parlamento catalán: es el referente a la habilitación de edad, que en cuanto podía ser concedida por el padre o la madre que ejerciera la autoridad paterna, recuerda a la emancipación conforme al número 3.º del artículo 314 de nuestro Código civil, y en tanto que podía ser otorgada por el Consejo de tutela, hace pensar en la habilitación de edad por con-

cesión del Consejo de familia, regulada en los artículos 322 a 324 del mismo cuerpo legal.

Con miras al problema que nos ocupa, la habilitación de edad que admitió la ley derogada, ¿lleva un contenido de tal naturaleza que deba inducir a pensar en la aplicación extensa del alcance derogatorio de la nueva ley? Juzgamos que, como en el caso anterior, es preciso considerar los intereses de las personas a quienes se alude en razón de su edad, para orientarnos de este modo hacia un criterio solucionador, hecha abstracción por el momento de la consideración meramente formal de los términos en que se halla concebida la ley derogatoria. Es indudable que, de entender nula hoy, por mandato de ésta, la habilitación de edad que hubiese sido concedida con arreglo a la ley derogada, volverá el favorecido a la situación clara y terminante de un menor de edad; mas si el padre o madre que ejerza la patria potestad insiste en su propósito ya revelado, podrá emancipar al hijo, conforme al Código civil, dada la aplicación general de éste en la materia, o bien el Consejo de familia, en otro caso, habilitarle, según el propio Código, dada también la aplicación a todo el territorio español del régimen tutelar.

Un exceso de atribuciones concedidas al habilitado por la ley derogada nos haría pensar, examinada la cuestión en su fondo, en la necesidad o, al menos, en la conveniencia, de dar el alcance amplio a que nos hemos referido a la fórmula derogatoria de la nueva ley. Mas es el caso que, si se comparan los artículos 59 y 317 del Código con el 10 de la ley derogada, se llegará a la conclusión de que ésta impone más restricciones que aquellos artículos. limitamos, en resumen, a prohibir al emancipado que venda o grave inmuebles, tome dinero a préstamo o comparezca en juicio sin el consentimiento del padre, madre o tutor, por cuanto, según el repetido artículo 10, el habilitado de edad necesita autorización concreta del padre o de la madre, o del curador, según los casos para:

- 1.º Enajenar bienes y derechos que constituyan el capital del habilitado, gravarlos o extinguirlos.

- 2.º Aceptar herencias sin beneficio de inventario, repudiarlas y renunciar legados o donaciones.

- 3.º Otorgar arrendamientos que deban inscribirse en el Registro de la Propiedad o que sean por plazo que la ley demanda inscribir.

- 4.º Dar o recibir dinero prestado. ○

- 5.º Afianzar de cualquiera de las maneras posibles, y confesar y

transigir en juicio sobre extremos comprendidos en los números anteriores

El concepto que el Código expresa con las palabras "bienes inmuebles" (art. 317) o "bienes raíces" (art. 59)—dice Maspóns—es expresado con la de "capital", concepto, indudablemente, mucho más amplio, porque, sin duda, se extiende a la riqueza mobiliaria de tan incalculable valor hoy día.

ELOY ESCOBAR.

Notario

# La casería asturiana(\*)

## II

### LA REFORMA AGRARIA

Las leyes de reforma agraria no mejoraron la situación de la aldea asturiana; por el contrario, causaron confusión y originaron recelos, antes desconocidos entre propietarios y colonos.

Las reformas se plantearon siempre de espaldas a Asturias (1). Los legisladores, obsesionados con las advertencias de Plinio el Viejo, se fijaron sólo en las regiones de latifundio (2), y cuando alguna vez los dirigentes se preocuparon de nuestro país fué para tratar con bizantinismos y por motivos de baja política, de la cuestión foral, que no tuvo ni tiene la importancia que en Madrid quiso dársele (3).

Padeciósse el error de dictar disposiciones agrarias de carácter general en una nación de clima y condiciones territoriales tan diferentes que imponen una variedad de relaciones jurídicas, tanto como una variedad de cultivos, sin que signifique, naturalmente, regionalismo, como no lo significan las leyes agrarias particulares dadas a Sicilia por la Italia fascista.

(\*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

(1) Véase el interesante artículo de Gonzalez y González (J.) "La reforma agraria en Asturias", donde se esbozan las principales cuestiones. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. VIII (1932), págs. 133-141. Es de notar que en Asturias la reforma afecta a unos 300 000 labradores y a 30.000 propietarios.

(2) Contra lo que se ha sostenido hasta hace poco tiempo, hay historiadores que afirman que el progreso de Occidente se debe, en parte, a la gran propiedad. Por lo que tiene de original, merece citarse a este respecto la tesis de M. Kasimierz Tymie-wiecka *L'histoire sociale de l'Europe au Moyen-Age les problèmes fondamentaux*. Oslo, VI Congrès International des Sciences Historiques. 1928, in 8°, 16 páginas.

(3) Jove y Bravo (R.)—*Los foros*. Madrid, 1883—y Villa-Amil y Castro—*Los foros en Galicia en la Edad Media*. Madrid, 1884, pág. 12—hacen una crítica muy acertada de las discusiones parlamentarias.



La ley de Arrendamientos de 1935 cayó en los mismos defectos que las anteriores en este punto y no enfocó el problema de la casería, que es el problema capital del campo asturiano (1).

La ley atiende principalmente a la duración de los arrendamientos y a la tasa de las rentas, cuestiones indiferentes para los colonos de Asturias protegidos por la costumbre de arrendamientos de hecho perpetuos y hereditarios y de rentas fijas, inalterables de tiempo inmemorial.

Su promulgación despertó, en cambio, el temor de que la propiedad se convirtiera en censo y lanzó a la mayoría de los propietarios a subir las rentas en forma desmesurada y a exigir contratos escritos donde constasen plazos cortos, o a pedir el desahucio, pretextando la explotación directa. Sólo encontraron trabas los usufructuarios de una renta territorial superior a seis mil pesetas, y por cierto que la excepción no se justifica porque la tasa no supone riqueza, quien no tuviera más ingresos podría legalmente figurar como pobre (2), y no alcanza a los ricos que tengan muchos valores y pocas fincas: salva a los traficantes de hipotecas y compraventas y castiga, porque tiene todas las apariencias de una sanción, a los grandes terratenientes, a las grandes Casas asturianas que extremaron su caridad con sus colonos.

La defensa concedida por la octava disposición transitoria de la ley de 1940 contra los propietarios desaprensivos no es práctica, porque deja en sus manos el reintegro de la casería, y ante tan grave peligro el casero no se atreve a utilizar el recurso.

En la ley de 1935 no se ha sabido evitar la pérdida de la casería, que es la mayor angustia que puede sufrir el aldeano.

Grandes y pequeños propietarios tienen libre facultad de vender, y la venta no ya de la casería, sino de una pequeña parte de ella es a veces la ruina del labrador. Si se vende un pedazo de monte es carecer de rozo para mullir la cuadra del ganado y no tener abono, si se enajena un

(1) Aunque por la ley de 28 de junio de 1940 se ha puesto nuevamente en vigor la de 15 de marzo de 1935, en el preámbulo se dice que es con carácter transitorio, "que no expresa las aspiraciones del nuevo Estado, que recogerá en una ley fundamental la orientación jurídica que le guía".

La disconformidad en algunos detalles no significa regatear elogios a los autores de la ley de 1935 por su noble objeto.

(2) Una renta de 6.000 pesetas, aun en el caso de cobrarla íntegra, para ilusión, quedará reducida con la contribución, administración, etc., a poco más de 4.000 pesetas, cantidad inferior, con mucho, al jornal de dos braceros que indican el artículo 15 de la ley de Enjuiciamiento civil y el párrafo 3.º del artículo 1.º del Real decreto de 3 de febrero de 1925 como base para la declaración de pobreza.

prado es disminuir el número de vacas, y si el dueño se desprende de una tierra de labor o de un huerto es quizá condenar al hambre a una familia por falta de patatas y legumbres.

El amparo del artículo 27 no es suficiente. En el párrafo 2.º se permite la rescisión del arriendo cuando el comprador adquiriera la finca para cultivarla o explotarla directamente por, sí, por su cónyuge, por sus ascendientes o descendientes o por sus hermanos. Con frecuencia los adquirentes, en Asturias, son labradores, pero aunque no lo fueran, no importaría con la amplitud dada al concepto de explotación directa, que ha motivado sin duda la plausible disposición de principios de julio del actual, suspendiendo los desahucios que no sean por falta de pago.

La ley del 35 tampoco impide la disgregación de la casería por herencia o por ejecución judicial, y así el casero asturiano puede encontrarse desposeído cuando menos lo piense.

No quiere esto decir que se niegue ninguno de los atributos del derecho de propiedad ni que queramos quitársela arbitrariamente a unos para dársela a otros. El problema está en procurar el mayor provecho social indemnizando en su justa estimación el sacrificio que suponga.

### III

#### LA REORGANIZACIÓN SOBRE REALIDADES

Un deber imperativo de los historiadores del Derecho es investigar los antecedentes de aquellos problemas que tienen hoy mayor actualidad. El mundo moderno quiere edificar sobre realidades, y no podremos conocer nunca la realidad de las cosas si no conocemos su historia.

El cumplimiento de este deber no ha de interpretarse como una aspiración ambiciosa: el papel del historiador es, en cierto modo, análogo al del geólogo, que dictamina sobre el terreno dónde se va a construir, papel que no se confunde ni con el del arquitecto ni con el del constructor.

El siglo XIX sólo vio en el campo asturiano individuos y fincas sueltas, y en el campo asturiano no es posible *l'enfant trouvé mourant célibataire* de Laurent, los hombres viven, desde la época prerromana, incorporados en dos grupos bien definidos: la familia estricta y la fa-

milia extensa. *fuegos* y *gens*, y a estos grupos van adheridos sendos patrimonios: la casería y la propiedad comunal (1).

### *La unidad rural*

Siguen los *fuegos*, los *fumos*, con la misma personalidad de antaño y las caserías se funden con ellos de tal suerte que a veces decir casería es decir un hogar (2).

Al margen de la ley la casería aparece con frecuencia en las relaciones privadas. En muchos testamentos, particiones y contratos, apenas se determinan fincas, sino caserías, y se designan muchas veces sencillamente con el nombre del llevador: Dejo a mi hija la casería de *Colás de Pacha*, arriendo la casería que fué de *Lin de Pepa*.

Para la misma Administración, en algún caso, no pasa desapercibida. En varios Municipios el impuesto sobre frutos se cobra al cultivador directamente y para facilitar la recaudación se hacen los amillaramientos por caserías.

Nadie negará que la casería es una realidad y que debe reconocerse como unidad rural.

El camino para reconocimiento está abierto por el párrafo 6.º del

(1) La comunidad familiar se perpetúa de generación en generación gracias al *genius* de la familia porque *genius* (de *gignere*) es literalmente la propiedad generadora.

Los elementos a los cuales el *genius* da vida no son solamente criaturas humanas y cuadrúpedos adiestrados para la agricultura y para la guerra sino también el hogar, la casa, los campos, la sepultura, porque estos últimos elementos que nosotros nos hemos acostumbrado a ver inmóviles y sin vida, participan todos en la vida intensa del culto doméstico. Véase la tesis de A. Wilms en G. Cornil "Une orientation nouvelle des recherches sur le origine de la famille et de la propriété en droit romain". *Revue Historique de Droit Française et Étrangère* 1937, págs. 555 y sigs.

Hasta en los bosques anima el *genius*. *Nullus locus sine genio est*.

El recuerdo queda en supersticiones asturianas Jove y Bravo (R.). *Mitos y supersticiones de Asturias* Oviedo, 1903, págs. 29 y sigs. Cabal (C.) *La mitología asturiana, los dioses de la Muerte*, Madrid, Edit. Pueyo, 1925 págs. 171 y 184.

(2) Todavía en Asturias en el siglo XIX se habla de *fuegos* en este sentido: "... Si dos o más casados viven en un Fuego, sólo el uno paga servicios." Archivo Histórico Nacional Santa María de Belmonte, Papeles, leg. 155 Memorial I (1818-1822), fol. 17.

La casería es, en cierto modo, el *mansus*, la *hufe*, la *hide*, el *bool*, y, como ellos, corresponde a un tipo milenario de civilización agrícola. Véase Bloch (M.) *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, París, Société d'Édition "Les Belles Lettres" 1931, pág. 162.

artículo 57 del Reglamento general para la ejecución de la ley Hipotecaria de 6 de agosto de 1915, que dice lo siguiente: "Se inscribirán bajo un solo número si los interesados lo solicitaren, considerándose como una sola finca toda explotación agrícola o industrial situada dentro de un perímetro determinado o que forme un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí. Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando las propiedades se hallen enclavadas en diferentes Secciones, Ayuntamientos o Registros."

En el artículo está comprendida la casería, por si hubiera alguna duda: la exposición de motivos, al señalar la innovación, afirma que se incluye *toda explotación agrícola que forme un organismo bien caracterizado*, y es indiscutible que la casería lo forma.

El Reglamento representa un avance importante con respecto al artículo 8.º de la ley y aun del artículo 19 de la ley adicional, a pesar de que el Marqués de Figueroa, buen conocedor de la región gallega, introdujo expresamente el *lugar acasariado*, que equivale a nuestra casería, pues en uno y otro caso se refieren sólo a la inscripción de foros o de derechos reales de igual naturaleza.

Admitida la casería en el Registro como unidad rural, cabe esperar que la ley prohíba su disgregación, a no ser por causa superior de utilidad pública (1).

### Arrendamiento

Las limitaciones impuestas al propietario no pueden agravarse con el tope establecido por la ley de 1935. La desigualdad de las partes que se supone existe en los contratos de arrendamiento y obliga a la intervención del Estado en favor del colono no existe en Asturias en la proporción que existe en otros sitios.

(1) Se pide también esta unidad agraria en la Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1900, titulada *Disposiciones que podrían impedir en España la división de las fincas rústicas cuando esta división perjudica el cultivo*, Madrid, 312 págs.

Don Valeriano Villanueva es favorable a la libertad de división, pues ésta trae la intensificación de los cultivos: sin embargo, reconoce que el sistema de mayor producción es el familiar *Organización del cultivo y la ganadería en las regiones de pequeña propiedad del Noroeste y Norte*. La Coruña, Imp. de "La Voz de Galicia", 1910, páginas 7 y 13 y sigs.

El párrafo 11 del artículo 9.º de la ley de Arrendamientos de 1935 no se refiere concretamente a la casería.

La propiedad está muy dividida; hay muchos propietarios que no tienen más que una o dos caserías, y si estos propietarios no las explotan ellos directamente, si son modestos funcionarios o pequeños comerciantes, es probable que su situación económica sea inferior a la de sus caseros: son dignos, por lo tanto, de la misma protección que éstos.

La renta ha de ser fijada por la Administración con carácter general. La ley no puede otorgar un premio a la avaricia o imponer un castigo al propietario honesto.

La mezquindad de algunas rentas es tal, que muchos propietarios en Asturias sólo podrán evitar que sean absorbidas por completo por la contribución gracias al prudente recurso dispensado por el artículo 8.º de la ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre último.

### *El acceso a la propiedad.*

Dos caminos se pueden seguir para la conversión del arrendatario en propietario: la adquisición directa por medio de concesiones de crédito o la adquisición indirecta por la transformación del arrendamiento en foro redimible a voluntad del forista (1).

La segunda solución sería el final de un proceso histórico incoado hace siglos; pero requiere la mayor reflexión antes de señalar la pensión foral.

Resultaría una injusticia notoria en unos casos para el propietario y en otros para el arrendatario fijar una pensión equivalente a la renta, porque ésta es completamente arbitraria.

La determinación de la pensión en dinero no sería tampoco justa. Los antiguos usos de las rentas en especie ponderados por Jovellanos (2)

(1) Jovellanos creía que la mejor solución para el reparto de baldíos en Asturias y Galicia, por ser la tierra mala y superpoblada, era la constitución de foros libres de laudemio y con una moderada pensión en grano *Informe sobre la ley Agraria*, página 16

Moyano pondera los excelentes resultados obtenidos por la concesión en enfiteusis de los campos de Ribarroja hecha por el Conde de Revillagigedo Pazos y García (Diego): *La cuestión agraria en Irlanda y referencia a la de España*, Madrid, Imp. de Jaime Ratés, 1908, pág. 108.

El problema es delicadísimo. No hay que pensar en la parte puramente material sino también en la espiritual. Hay propietario que prescindiría de todos sus valores antes que de una finca heredada, aunque no la cultive personalmente.

(2) Véase la carta VII a Ponz, cit.

son más equitativos y serían bien recibidos por los propietarios que van a soportar la cesión del dominio útil.

El acceso a la propiedad ya lo favorecía el artículo 28 del Real decreto-ley de 7 de enero de 1927, del que en cierto modo es complemento el Real decreto-ley de 7 de agosto de 1928 creando la "Caja para el Fomento de la pequeña propiedad" en conexión con el Banco Hipotecario, pero el criterio que ahora predomine tiene que ser distinto. Hoy no se trata de hacer pequeños propietarios, sino de crear patrimonios familiares; el beneficio no será personal, sino familiar, y con restricciones impuestas por la función social cristiana de la propiedad moderna.

### *Inmunidad.*

Por voluntad suprema del Caudillo, la casería declarada patrimonio familiar será inembargable.

Lo exige el arraigo de la familia en primer término y a ello responde el "Fuero del Trabajo", y también encuentra apoyo en un principio que ha sido siempre respetado en nuestras leyes, la exención del embargo de los útiles de labor (1). Lo que significa la casería en este aspecto lo dice bien el antiguo cantar: *mozo sin casería ye como molín sin muela*

Otros motivos se invocaron además en otros tiempos para otorgar el privilegio; uno de ellos fué el de estimular la producción. Felipe IV, el año 1633, "para alentar a los labradores a la crianza del ganado lanar, cuya cría—afirma el rey—conviene tanto para fertilizar las mismas tierras que labran", ordena que al ejecutarles, si no es por lo que debieran de diezmo o de sustento del mismo ganado, se les deje a salvo cien cabezas, que les han de quedar siempre reservadas" (2).

Lógicamente, si la causa es fertilizar la tierra, no hay razón para reducir el privilegio al ganado lanar: habrá que extenderlo al resto: mu-

(1) Fuero Real III, XIX, 5.º. Partidas V, 13, leyes 4.ª y 5.ª. Ordenamiento de Alcalá, tít. XVIII, ley 2.ª. Cortes de Madrid 1435, pet. 41. Cortes de Madrigal, 1476, pets. 15 y 23. Leyes de la Hermandad, 7 de julio de 1496. Cortes de Madrid, 1593, pet. 27, y Prag. de 9 de marzo de 1594. R. C. de 1633 y de 16 de mayo de 1693, *Instrucción para cobrar las contribuciones reales sin vejaciones a los pueblos*. Orden de 23 de febrero de 1725 y artículo 5.º de la Cédula de 13 de marzo del mismo año. Ley 15, tít. 22, lib. VI de la Novísima Recopilación; Prag. de 27 de mayo de 1786. Novísima Recopilación, lib. XI, tít. 31, leyes 12 a 15 y 18-19.

(2) Novísima Recopilación, XI, 31, ley 17

cho más cuando, como el vacuno o el equino, son necesarios para el laboreo

Oliva Sabuco consideraba el ganado anejo a la tierra y pedía que no se pignorase, por ser conveniente para la agricultura (1). En nuestra época, un ilustre jurisconsulto asturiano, D. Víctor Covian, logró que en el proyecto de ley de Enjuiciamiento civil y mercantil, presentado a la Comisión de Códigos en 1900 por el Marqués del Vadillo, se incluyeran en el artículo 771 entre los bienes inembargables una vaca, dos cabras y el caballo del labrador.

La proposición de Covian fué olvidada en la reforma del 12 de julio de 1906 y el marco estrecho del artículo 1 449 de la ley de Enjuiciamiento civil no se ensancha apenas por disposiciones posteriores así, por ejemplo, el Estatuto de Recaudación de 18 de diciembre de 1928, tan digno de elogio desde otros puntos de vista, se limita en esta cuestión a copiar en su artículo 88 el artículo 69 de la Instrucción de Recaudación y Apremio de 26 de abril de 1900, fijándose sólo en los ganados dedicados a la labor o al acarreo y dejando fuera las vacas de leche, ovejas, etc.

Hemos retrocedido con respecto al siglo XVII y no estamos lejos del *Verpfählen*, la empalizada que impedía al aldeano deudor el acceso a la puerta de su casa o a la del establo (2). La promesa, pues, del "Fuero del Trabajo" merece el aplauso por todos conceptos.

### *Sucesión.*

Inalienable la casería, la sucesión requiere un derecho especial.

La autorización de mejora otorgada por el Código civil en combinación con el párrafo 2.º del artículo 1.056 no basta, y las soluciones dadas en casos análogos por el Reglamento de Colonización interior (3) y por la ley de Arrendamientos no son suficientes.

El artículo 50 del citado Reglamento deja libre la voluntad del testador, y si ésta faltase o la sucesión recayera indivisa, permite la desig-

(1) *Coloquio de las cosas que mejoran este mundo y sus repúblicas* Colec. Rivadeneira.

(2) K. Otto Muller: *Verpfählen*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (germanistische Abteilung), 1921

(3) Reglamento de Colonización y repoblación interior, aprobado por Real decreto de 23 de octubre de 1918.

nación de un titular en la forma señalada por el artículo 404 del Código civil. Si no hubiera acuerdo, se procederá a la venta a otra familia idónea.

La ley de Arrendamientos, en realidad no da solución. Únicamente en el artículo 18 declara que el arrendamiento no se extingue por fallecimiento del arrendatario si los herederos son el cónyuge, parientes en cualquier grado de la línea directa o hasta el segundo grado de la colateral. En fin, un semillero de pleitos, mucho más si se tiene en cuenta que en el párrafo 2.º no se obliga al arrendador a dividir el arrendamiento, aunque sean varios los herederos del arrendatario, pero tampoco lo impide.

La costumbre asturiana da, en cambio, una solución sumamente ventajosa. La casería la hereda el hijo o la hija casada en casa (1).

Desde luego, nuestra costumbre es superior al rígido sistema del mayorazgo y aun a la institución catalana del heredamiento, que es antife-minista. En el mayorazgo el privilegio se concede a la casualidad del nacimiento, en la costumbre asturiana el privilegio se otorga a la laboriosidad del hijo o a la bondad del que se destaca por su amor filial. La facultad del padre para elegir es completamente libre.

El momento de la elección es el más oportuno. Es el momento en que los hijos mozos necesitan saber el rumbo que han de tomar. Sería un grave error dejar la elección a un acto de última voluntad. No se puede tener a una familia pendiente años y años de una caprichosa disposición testamentaria.

Cabe argüir que el elegido no se comporte después debidamente con sus padres; es posible, pero se puede reservar a éstos siempre el arma de la desheredación por las causas señaladas por la ley.

La herencia de la casería es más bien una herencia de gestión que no de propiedad, porque la casería pertenece, o mejor dicho, ha de pertenecer, al grupo familiar estricto, es decir, a los parientes que viven bajo el mismo techo.

En casos de extinción familiar o de duda en la sucesión, antiguamente intervenía el Consejo de la *gens*, y en nuestro tiempo sería un acierto permitir que los resolviera la Asociación parroquial, porque nadie tiene más conocimiento ni mayor interés.

(1) Hay cierta analogía con el derecho del Alto Aragón y con el derecho vasco aunque éste se acerca más al tipo de mayorazgo. Mouton Ocampo: *Diccionario del Derecho civil y foral*, y Orero Valentín (Julio): *La doctrina del patrimonio*, Madrid, Editorial Reus, 1930, pág. 455.

Sobre la herencia de la casería por la mujer, véase mi libro *La explotación rural*, citado, pág. 102.



*La comunidad rural.*

La asociación vecinal es la otra realidad del campo asturiano.

La casería no es más que una célula de la aldea y la aldea una supervivencia del establecimiento de la *gens*.

En la ciudad se vive solamente lado a lado; en el campo se vive en comunidad.

Unidos por lazos económicos y sentimentales, los vecinos forman una agrupación cuya personalidad jurídica, el siglo XIX, se negó a reconocer y cuya existencia quiso destruir.

Privada de sus bienes en muchos sitios, encuadrada en un sistema de circunscripciones sometidas a un régimen municipal uniforme, no por eso pereció. Era tan fuerte su razón de ser, que al margen de la ley, con más o menos amplitud, según las circunstancias, siguió viviendo.

Resulta absurdo, por lo tanto, igualar al vecino de la ciudad con el de la aldea; aplicar a Gredos o a un cortijo andaluz o a una quinta de Covadonga las mismas reglas que rigen en Madrid (1). En la ciudad puede hacer al vecino el padrón municipal, porque sólo es un número que interesa para fines estadísticos; en la aldea es algo más.

Ganar la vecindad en el campo es entrar en una gran familia (2).

(1) El artículo 26 del Estatuto y el artículo 31 de la ley de 1935 trasladan el artículo 12 de la ley de 1877, de carácter general.

(2) La célula de esta gran familia en realidad es la familia estricta; el vecino no es un hombre, sino un grupo familiar.

Por las citadas *Ordenanzas de Bello*, es vecino todo hombre casado (art. 1.º, capítulo III) y las viudas que sean cabezas de familia curadoras de sus hijos (art. 3.º, capítulo III); en cambio, no lo son los viudos que no tengan casa abierta y vivan con sus padres o con sus hijos (art. 7.º, cap. III) y los hermanos solteros, "aunque pasados de dos sólo harán un vecino mientras vivan a un pan comer y mantengan un hogar, sean los que sean" (art. 8.º, cap. III).

Lo mismo ocurre en la época de la Reconquista: los hermanos aparecen formando como una sola personalidad, que encuentra su causa común en la sucesión de los padres. Véase Riaza (Román), recensión del libro de Melicher (Theofil) *Der Kampf zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht im Westgotenreiche* (Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1930) en *Anuario de Historia del Derecho Español*, VIII (1931), página 508.

A los repartimientos de bienes comunales sólo tienen derecho los casados: así, por ejemplo, todavía en nuestro tiempo, en Bezanes, aldea del Concejo de Caso (Pola de Laviana), a los recién casados se les da en un usufructo vitalicio un lote en las tierras comunales. González (José): *La reforma agraria en Asturias*, cit., pág. 135.

Cuando el agregado gentilicio de la *Sippe* o *Sippechaft*, formación primeramente

Vecino en la aldea es el cofrade, el compañero, el amigo en la acepción medieval de esta palabra.

Vecino no sólo es el próximo, el colindante, sino el casero, que tiene derecho, como el poseedor romano, a los pastos comunes.

Vecino en nuestras montañas es ser *vozdevilla* (1).

No es indiferente en la aldea que el vecino sea trabajador u holgazan, borracho o abstemio, fiel cumplidor de sus deberes religiosos o descreído. La tranquilidad de la aldea depende de él; sus brazos son precisos en la *sextaferia*, su concurso es imprescindible en las *andechas* y su contribución es inexcusable en las fiestas y en los funerales, en la extinción del incendio del monte y en las derramas por muerte del ganado.

En la ciudad se puede ignorar al vecino de enfrente o al de la derecha o al de la izquierda; en el campo no. Las condiciones personales del vecino redundarán en beneficio o en perjuicio de la familia estricta y de la familia extensa que es la aldea. La prosperidad de una aumenta la riqueza de la otra y el infortunio lo padecen todos, pues la aldea no permanece impasible ante la desgracia.

La unión es tan grande, que hay ejemplos de caridad sublime como el de recoger seis o siete huérfanos en casas donde hay seis o siete hijos, sin obligación de parentesco alguno.

¿Se podrá negar la existencia de esta asociación natural?

Su origen gentilicio se ve a cada instante y a veces la *gens* aparece violentamente cuando menos se espera, causando sorpresas, como sin duda causaría en la Audiencia de León cuando en el año de 1927 tuvieron que entender en un sumario incoado en diciembre del año anterior contra los mozos de Villalobos, por haber matado a Isaac Alvarez,

personal, se vincula después de un modo durable al suelo—Sartori-Montecroce (Tulio): *Corso di Storia del Diritto pubblico germanico*, Trento. Monauni, 1908, página 34), los derechos de la familia figuran adscritos a la posesión de una tierra o de una casa.

Por esto las costumbres asturianas parecen representar un derecho más primitivo que la vecindad forana de Navarra, derecho real que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de mayo de 1867, admite como subsistente.

He de confesar, de todas suertes, que no tengo aún elementos bastantes para hacer una afirmación categórica.

(1) Así se designaban en Ibias y en Grandas de Salime a los vecinos antiguos que tenían derecho a la participación en las jaras.

Sobre esta palabra puede verse también la acepción en que la emplea el Foro de la aldea de Taborcías hecho por la abadesa de San Pelayo el año 1505. Archivo del convento de San Pelayo, de Oviedo, *Libro Becerro*, II, fol. 1203

joven de otra parroquia, que se negó a pagar el *derecho del piso* (1); esto es, el convite que un mozo forastero debe hacer a los mozos del pueblo cuando pretende cortejar en él (2).

La costumbre del *piso*, que tanto recuerda al *valtonage* (3) francés, como añacrónica, sólo queda en algún rincón de la montaña astur-leonesa; en cambio, la *despedida*, la libación que debe ofrecer la víspera de la boda a sus camaradas el mozo que reside en el pueblo, de la aldea ha pasado a la villa y de la villa a la ciudad.

La naturaleza jurídica de la asociación vecinal no se determina fácilmente.

En primer lugar, ¿podemos llamarla propiamente asociación?

Según la legislación española sí. La Ley separándose del tecnicismo jurídico internacional, admite como asociaciones las que persiguen el lucro y la ganancia, si éste no es su objeto exclusivo (4). No obstante, el Tribunal Supremo, aceptando la doctrina corriente, sólo considera asociación la que en su esencia es desinteresada (5), la constituida *not for gain and not for profit*, como dicen los anglosajones, y desde éste punto de vista la agrupación vecinal, más que una asociación, es una sociedad, porque existen, al lado de otros, definidos intereses económicos.

Aún sería más exacto hablar de comunidad (6) que de sociedad, porque no todos los miembros hacen manifestación expresa del *affectus societatis*; sin embargo, tampoco todos los miembros de la familia hacen declaración expresa de voluntad, y se habla de sociedad familiar.

(1) Tomo la noticia de *Región* (diario de Oviedo) de diciembre de 1926.

(2) Flórez de Quiñones: ob. cit., pág. 288. Puede explicar la duración de esta costumbre el derecho a una parte de los bienes comunes que se concede a los recién casados, según hemos dicho anteriormente.

(3) Sobre el *valtonage*: véase *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 1927, pág. 163.

(4) Artículo 1.º de la ley de 30 de junio de 1887.

(5) La sentencia de 28 de marzo de 1919 (*Gaceta* de 27 de julio y 3 de agosto, página 208) declara que, no obstante aparecer registrada en la Dirección General de Seguridad la "Asociación de los Gremios de Carnes de Madrid", con intento de acomodarla a la ley de 30 de junio de 1887, es una Sociedad civil, sometida a las disposiciones del Código, por constar que, además de los objetos de orden cultural y filantrópico, aparecen en sus estatutos otros de lucro.

(6) Pothier considera las comunicadas tácitas como sociedades impropiedades dichas, porque para él la sociedad era, ante todo, un contrato, y esas sociedades estaban establecidas, por decirlo así, de oficio, entre ciertas personas sin convención. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, París, 1912, II, pág. 627, n. 2.

En verdad, a la sociedad familiar es a lo que más se aproxima, y podríamos decir de la antigua agrupación vecinal asturiana lo que en el siglo XVIII Rétif de la Bretonne decía de la pequeña parroquia de Sacy (Yonne, cant. Vermenton) "*ayant des communes elle se gouverne comme une grande famille*" (1).

Sin detenernos a situarla dentro de las viejas clasificaciones de Derecho público y Derecho privado (2) o de las nuevas, por ejemplo, la de Huber, yo quisiera señalar el carácter privado con que algunas veces se presenta, especialmente en su facultad dominical, sobre todo si ha de concedérsele un patrimonio que es indispensable para una vida próspera.

La propiedad de los pastos, de los montes y de las aguas que tenía la asociación de vecinos era una propiedad consorcial (3), y los derechos de los usuarios eran derechos reales accesorios a la posesión de un fundo.

Hasta el río era en Asturias accesorio de los predios ribereños. En un curioso documento, inédito, la abadesa de San Pelayo, de Oviedo, arrienda en el año de 1353 una juguería en Santo Seso (Candamo), con la parte de río correspondiente (4).

Esta sociedad vecinal, tan vieja como la casería, que perdura siglos y siglos amparada por la costumbre, necesita un reconocimiento legal adecuado.

Resulta paradójico que en un círculo cualquiera de recreo, con una simple bola negra, se impida a un señor entrar en el salón, y, en cambio, en esta sociedad vecinal, donde la vida es tan íntima, pueda entrar un indeseable sin más requisitos que una sencilla inscripción administrativa.

No puede tampoco seguir al margen de la ley una organización que afecta a tantos órdenes de la vida y repercute en el bienestar y en la economía del país.

Posada comprendió que era necesario ocuparse de esta realidad

(1) *La vie de mon père*, 3.<sup>a</sup> edic., 1788, II. pág. 82; cit. por Bloch: ob. cit., página 185.

(2) Sobre la significación pública de la *Sippe*, véase Heinrich Brunner-Claudius von Schwerin: *Historia del Derecho germánico*, 8.<sup>a</sup> edic., traduc. por Alvarez López, Barcelona, Labor, 1936, pág. 11.

Acerca de su paralelismo con la familia española medieval, Hinojosa *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, y Melicher ob. cit.

(3) Beneyto Pérez (J.): ob. cit., pág. 45.

(4) Archivo de San Pelayo, de Oviedo: *Libro Becerro*. I, fol. 892.

tangible e incluyó los *concejos a campo abierto o a son de campana* en el proyecto de Ley Municipal de Canalejas. Hinojosa lo advirtió también, los incorpora por medio de una enmienda presentada en el Senado al proyecto de Administración local del Sr. Maura, y aunque éste y el anterior no prosperaron se recogen más tarde en el Estatuto y en la Ley Municipal vigente (1).

Los preceptos legales, sin embargo, no produjeron el efecto que se esperaba, e igualmente creo que sería inútil tratar de revivir las antiguas instituciones poniendo en juego el artículo 7.º y los artículos 98 a 100 de la Ley actual.

La historia no se tuerce y es ineficaz llevar a la Ley instituciones como se lleva un objeto a un Museo Arqueológico.

Otra equivocación, a mi humilde juicio, es el de dejar a la aldea, como lo hace la Ley, la iniciativa de su resurgimiento (2). El impulso tiene que venir de fuera; la aldea está demasiado enferma para que empiece a reponerse con sus propias fuerzas.

Hay que buscar las viejas costumbres como los paisanos de mi tierra buscan en el bosque un plantón de pomar virgen cuando quieren injertar un manzano que tenga larga vida, y sobre ellas hacer fructificar instituciones modernas, porque cada época exige las suyas (3).

Por eso considero preferible el régimen de cooperativas que estableció la ley de Colonización interior de 30 de agosto de 1907.

González Besada, al crear las caserías comprendió con claridad que la casería necesita para desenvolverse y desarrollarse de un organismo superior de su misma especie, y aunque el Estado tenía absoluta libertad para agrupar a los nuevos colonos en pequeños Municipios o pueblos agregados, con acierto no siguió ese camino, prescindió de él, dejó a la vecindad administrativa que surtiera sus efectos generales y aparte enlazó las caserías estableciendo Cooperativas tuteladas por una Junta Central (4).

(1) Estatuto Municipal, artículos 42 y 105, y ley Municipal de 1935, artículos 37 y 38. Se acentúa el respeto a la tradición en el artículo 67 de la ley.

(2) Artículo 19.

(3) Nótese la posición de la doctrina moderna frente a la Escuela histórica. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, XVII (1941), núm. 154, pág. 138.

(4) Artículo 8.º de la ley y artículos 7.º, 93 y siguientes del Reglamento de 23 de octubre de 1918.

Debemos recordar, con el Sr. González Besada, al señor Vizconde de Eza, a la sazón director general de Agricultura, tan admirable agrónomo como jurista.

No voy ahora a discutir el carácter público o privado de esas Cooperativas, no importa; lo único que me interesa indicar es que Besada, y después Cambó al decretar el Reglamento, van a la sociedad, casi a la empresa, para cumplir los fines que el grupo familiar estricto no alcanza, si bien detallando que "la Cooperativa servirá de órgano intermediario y educativo de los nuevos pobladores en sus necesidades de crédito, ahorro, socorro, seguro, compra, venta y mejora cultural, proporcionándoles las ventajas morales y económicas de la ayuda recíproca y de la unión de esfuerzos para un fin común" (1).

La Cooperativa servía, además, para resolver de un modo rápido

(1) Artículo 8.º de la ley. El reglamento lo amplía en la forma siguiente:

Las Asociaciones cooperativas abarcarán los asuntos que a continuación se expresan: 1.º Adquisición de los comestibles necesarios para el consumo de los colonos y sus familias y de artículos diversos de análogo destino—2.º Adquisición de semillas, abonos, aperos, ganados, etc., con destino a la colonia—3.º Transformación de los productos de la colonia—4.º Venta de los mismos—5.º Organización del seguro agrícola para los colonos—6.º Organización y administración del crédito agrícola entre los mismos—7.º Organización del ahorro y de la previsión.—8.º Organización de la cooperación recíproca con otros Sindicatos o Cooperativas, sean o no colonias agrícolas—9.º La explotación de los servicios y aprovechamientos de todas clases de carácter comunal—10.º La organización de conferencias instructivas, enseñanzas y recreos dentro de los términos de la más perfecta licitud y moralidad—11.º El ejercicio del derecho de tanteo y retracto sobre los lotes enajenados que establece la regla 7.ª del artículo 5.º de la ley de 30 de agosto de 1907.—12.º La organización del socorro y asistencia entre los colonos en casos de enfermedad, y de accidentes, del seguro contra éstos—13.º La conservación y reparación de los edificios comunales, del mobiliario, etc.—14.º La práctica de experiencias y demostraciones culturales bajo la dirección facultativa de la colonia.—15.º La administración y distribución del donativo metálico a favor de los colonos, que autoriza la ley citada, en su artículo 10, así como todas las demás que favorezcan a la comunidad de colonos.—16.º Comunicar a la autoridad económica correspondiente el alta de la contribución de los lotes, cuando se hayan entregado los títulos de propiedad a sus poseedores. (Art. 95.)

Una Junta central ejercerá cerca de las referidas Asociaciones cooperativas funciones de dirección y patronato hasta que los socios adquieran la práctica necesaria para regirlas. (Art. 93.)

Un representante de la Junta central dirigirá y administrará los servicios de carácter público y general que para la misma deba sufragar el Estado, total o parcialmente, y sin derecho a reintegro directo.

El culto católico, la enseñanza primaria, la experimentación y demostración agrícola, la higiene y sanidad, la guardería y demás servicios de interés general para la colonia, se organizarán por la Junta central (de acuerdo, claro está, con las autoridades correspondientes), atendiendo a la importancia del nuevo núcleo de población... (Art. 127.)

La necesidad de la asociación y de levantar el nivel cultural de la masa agrícola se manifiesta también en la Real orden de 8 de junio de 1927 sobre reglamentación de los Patronatos provinciales de Acción Social Agraria. En ella se dice terminantemente

y sencillo, por medio de sus órganos directivos, una serie de cuestiones que se sustraían a los Tribunales ordinarios (1).

El precedente no debe ser olvidado si un día una aldea asturiana se reorganiza sobre bases realistas, y especial interés ha de fijarse en la administración de justicia, porque es la clave del éxito del régimen que se adopte.

Los principios constitucionales que implantaron la separación de poderes llegaron, en sus efectos, hasta el último rincón de Asturias instituyendo el Juzgado Municipal, terrible arma caciquil en otros tiempos. Su función, principalmente conciliadora y tutelar, la llenaba la comunidad vecinal en las antiguas costumbres y, en realidad, era insustituible. Sólo el conocimiento personal permite resolver bien en muchos casos, y nadie mejor que los propios convecinos para dirimir las pequeñas contiendas que puedan surgir en la aldea.

Na hoy motivo para que, habiéndose respetado otros tribunales de campesinos, que tienen que resolver cuestiones tan complejas como las de las aguas de Valencia, no se hayan respetado aquellos que, sin necesidad de leyes escritas, con un procedimiento sencillísimo, sin molestias de viajes ni gastos de desplazamiento, velaban por la paz de la aldea asturiana.

Es indudable que encarnaban el deseo del pueblo, porque en Asturias, y sobre todo en Galicia, las Asociaciones de Seguro Mutuo sobre la Vida del Ganado se cuidaron mucho, en sus Estatutos, de constituir por los propios asociados tribunales que decidieran sin recurso las cuestiones que se planteasen.

Acaso lo menos aceptable de esta organización cooperativa sea el nombre, porque se corre el peligro de caer en una generalización que falsee la realidad, tanto o más, de la que tratamos de huir.

Yo preferiría denominar a la comunidad rural asociación vecinal o, aún mejor, asociación parroquial.

que es imprescindible "propulsar la cultura y fomentar la asociación de los agricultores".

Los cotos sociales, creados con éxito por el Instituto Nacional de Previsión, son Cooperativas puestas al servicio de una Mutualidad. Aznar (S): *Coto social de Previsión*, 1 foll

Las comunidades de labradores, establecidas por la ley de 8 de julio de 1898 y cuyo reglamento es de 1906, se organizan simplemente con fines de policía rural.

Siendo mi objeto recopilar sólo los antecedentes históricos no entro en el problema de enlazar las Asociaciones agrarias con los Sindicatos.

(1) Reglamento de 1918, cit., cap. XIX.

Si ha de ser complemento de la sociedad familiar debe tener su mismo espíritu cristiano, formarse en torno de la Iglesia, que la caridad, sin la cual nadie puede salvarse, estreche sus lazos y dulcifique sus días y que la campana vuelva a sonar, como en otros tiempos, con la antigua inscripción:

*"Laudo DEUM verum. Plebem voco, congreco clerum.  
Defunctos ploro, fugo flumina, festa decoro."*

R. PRIETO BANCES



# Las disposiciones transitorias de la codificación española

## I

### ORIGEN Y CRÍTICA

Fijada por el padre Suárez la doctrina española (1), permanece sin variación y en la práctica sigue actuando la regla romana, aun en problemas en que el efecto perseguido por la nueva ley quedaba muy mermado por su sola aplicación al futuro, como en la ley 13, título XVII, libro 10 de la Novísima Recopilación.

Se encuentran algunas disposiciones que en cierto sentido implican un efecto sobre hechos pasados; así una cédula del 1511, ley 6.<sup>a</sup>, título XI, libro 3.<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación, en que se mandó que las leyes de Toro se guardasen en los pleytos y causas empezados después del 7 de marzo de 1505, aunque el hecho hubiese ocurrido antes de dicha fecha. También la ley 22, título 1.<sup>o</sup>, libro 10, de Felipe IV, fijando el interés del 5 por 100, se dispuso fuese aplicable a intereses vencidos y no pagados, y a todos los préstamos, aun anteriores; y de igual modo las leyes 8.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, título XIV, sobre capitalización de los censos al 3 por 100, se referían a todos los existentes.

La teoría permanece sin alteración aparente, por la influencia francesa, tan marcada desde la subida al trono de los Borbones, y en el período que pudiéramos llamar de la "Ilustración" española (Fernando VI-Carlos III), y sólo se vuelven a plantear los problemas en el largo período de agitación, mal llamado, a nuestro juicio, revolución española, del siglo XIX.

(1) Ver mi trabajo sobre "Los cambios del Derecho y la irretroactividad en el Padre Suárez", publicado en esta REVISTA, núm. 149, octubre de 1940.

Decimos mal llamado español, porque no podemos considerar como propio lo que es sólo imitado, y lo que es una imitación no puede, naturalmente, elevarse a una teoría.

No se trataba de un movimiento español, de un progreso en el espíritu español, que diese lugar a una nueva doctrina sobre el Derecho y sus cambios y sobre la aplicación de un nuevo Derecho español.

La doctrina de la Enciclopedia y de Rousseau es francesa del siglo XVIII; pero la revolución española del siglo XIX no es española; es el choque de la realidad española con una ideología extraña, precisamente en el momento en que, dados los cambios en la técnica y el aumento de población, la clase media empezaba a constituirse como tal y a tener conciencia de sí. En tal momento, en que era tan necesario el recogimiento y el enfrentarse con la realidad y con el propio espíritu para tener un nacimiento viable, se produce la violenta irrupción de un espíritu extraño y en pugna con la tradición española, para dar lugar a un aborto, a la muerte antes de nacer de lo que quizá hubiera podido ser una renovación española, en vez de dar lugar, en escandaloso matrimonio, a un engendro, mal llamado revolución española, triste parodia de la revolución francesa, en su forma de exportación para colonias o países de mentalidad colonial u olvidados de su Historia.

Desde 1808, si queremos señalar una fecha, la tendencia, ya acusadísima durante la dinastía borbónica, de imitar a Francia, se hace irresistible. Para los afrancesados anteriores a la guerra de la Independencia, que los hubo, aunque el nombre fuese posterior, Francia era el modelo a imitar, según ellos, por ser más culta y más adelantada; realmente porque, con la pérdida de nuestras posesiones en Europa, habíamos perdido el contacto directo con otra cultura, la germánica, que, como más distinta, mejor nos hacía por reflejo conocernos a nosotros mismos, y porque en España se perdía la fe en sí mismos ante el triunfo material del espíritu pequeñoburgués, con la reforma protestante, en Alemania, Holanda, Suiza e Inglaterra. por todo ello, la Francia de mediados del siglo XVII y la del XVIII era el modelo a imitar por nuestros afrancesados anteriores al 1808; pero para los afrancesados posteriores al 1808, lo francés no es ya el modelo a imitar por ser mejor, sino que, naturalmente, una Francia que no existía, más que en sus huecas cabezas era el modelo ideal, único, a seguir, por ser lo perfecto, lo justo, la razón. Y esta vanidosa y estúpida soberbia, esencia del espíritu revolucionario francés y del francés racionalista en general, es la

que con profunda sorpresa vemos era admitida y reconocida por gran parte de otro pueblo, que por ese solo hecho decaía a una mentalidad colonial.

Y precisamente para que el daño fuese mayor y el peligro casi mortal, era en España donde se ponía como modelo absoluto lo que España jamás puede admitir, o sea que el Derecho y la norma resulte de una mayor suma de opiniones particulares; que el Derecho no tenga existencia y valor en sí, sino que su única razón de ser sea la voluntad popular, la supuesta voluntad general infalible, resultado misterioso del voto de la mayoría. Eso, mientras España sea España, será falso y condenable. Para España, y con razón sobrada, no son realidades las abstracciones y las palabras. En España y para España hay hombres concretos, criaturas reales, prójimo, no ciudadanos abstractos, hombres naturales y humanidad gris y huidiza, y el Derecho es algo real y válido, con una realidad especial, en última instancia centrado en la persona (El Cid-Don Quijote) y no ninguna emanación de la supuesta y falsa razón.

No busquemos, pues, inútilmente, una teoría de Derecho intertemporal en la seudorrevolución española. ¿Cómo van a tener una teoría propia los que veían *la razón* en lo extranjero; los que ante realidades del más turbio origen (1) no veían éste ni aquéllas, sino el velo verbal de falsa idealidad? Tras la abstracción verbal no veían lo extranjero y extraño, y por añadidura falso, sino lo idealmente perfecto y acabado; por ello se limitan a aceptarlo reverentes, como otros bajos fondos copian la brutal criminalidad: y como el que imita abdica su facultad creadora y mata su iniciativa, sólo encontraríamos en ellos como problemas intentos descabellados de violenta realización del ideal ultrapirenaico, con una gran prisa por emparejar pronto y aun llegar a superar al modelo, en una triste y decadente peregrinación de imitaciones.

Decimos que en esta materia la teoría estaba estancada y sin progresar, porque todo el largo periodo de instauración del nuevo régimen en España, el siglo XIX, no señala principio propio nuevo alguno, ya que las únicas cuestiones posibles para el que recibe de fuera emanaciones de lo perfecto es la lucha por implantarlo.

Como nuestro objeto no es un estudio crítico de la codificación

(1) Véase mi libro *La Revolución francesa y los campesinos pobres* Madrid. 1940.

española, no nos detendremos en el fracaso de esta obra codificadora en el espacio, o sea el fracaso de la unidad legislativa, aspiración de nuestros legisladores, y que si hubiera habido una genuina reforma española seguramente se hubiera logrado. No vamos a estudiar el problema de los diversos Derechos hispanos, ni aun el de la aplicación de nuestro nuevo Derecho hipotecario y su Derecho transitorio, materia ya tratada por otros autores y de que no podríamos ocuparnos sin dar excesiva amplitud a este trabajo.

Veamos la doctrina sobre Derecho transitorio anterior al Código y en las dos obras de Filangieri y Domat, que con sus traducciones influyeron en nuestros juristas.

Desde el Ordenamiento de Montalvo a nuestra científica primera ley Hipotecaria no se emprendió una obra codificadora, sino recopiladora o almacenadora de lo vigente y de lo decaído. Según Reguera Valdelomar, "las disposiciones que corren sueltas y extraviadas de la Recopilación han constituido ya un Derecho novísimo, que aunque no manifiesto ni publicado en la mayor parte, rige y obliga; como si lo estuviese con preferencia al recopilado y al contenido de los demás Códigos legales"...

Junto a estas nuevas disposiciones, en la misma compilación lo decaído, desusado y contradictorio seguía y acompañaba a lo vigente, por lo cual, y a causa de esta confusión, no se atendía debidamente a los efectos de una ley nueva sobre la antigua. D. Juan de la Reguera, en su *Historia de las leyes de Castilla desde el reinado de Don Alfonso XI*, al hacer la crítica de la Nueva Recopilación decía que "a cada paso se encuentran confundidas entre las [leyes] necesarias y subsistentes muchas inútiles y derogadas, ya por no acomodarse a las varias circunstancias del tiempo o por hallarse expresa o tácitamente revocadas".

Pero a pesar de condenar esa caótica confusión, agravada por las alegaciones de doctrinas y opiniones de glosadores, postglosadores y doctores; tan combatida sucesivamente por Don Juan I (Cortes de Briviesca de 1387), Don Juan II (pragmática de Toro de 1427) y ley 1.<sup>a</sup>, título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá; VI, título IV, libro 1.<sup>o</sup> del de Montalvo, y ley 1.<sup>a</sup> de Toro (III, título II, libro 3.<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación), y a pesar de que en las disposiciones de Carlos IV se decía: "Quiero que el Consejo encargue a D. Juan de la Reguera Valdelomar el que procure que no haya leyes repetidas", tiene que pre-

guntarse Martínez Marina en su juicio crítico (1) si el redactor de la Novísima Recopilación había procurado realmente evitar los mismos defectos que condenaba. ¿No incurrió visiblemente en los mismos? (2).

Desde luego la acumulación, que fué su obra, no era un Código, a pesar de declararse que los reyes "han deseado que el libro de la legislación española previniese todos los males y abrazase los casos posibles, por lo menos en general; que nada quedase reservado ni se refiriese al Derecho no escrito, ni al Derecho natural, ni al Derecho de gentes, ni al Derecho romano, ni a tradiciones antiguas, ni a usos envejecidos, ni a costumbres contradictorias, ni a prácticas inconstantes y variadas, ni a interpretaciones caprichosas, ni a una erudición forzada y susceptible de equivocaciones y errores. Todo se debe fijar y determinar por las leyes. *El Código* ha de contener todas las reglas y precauciones generales posibles".

Ahora bien: ¿contenía las necesarias reglas de Derecho intertemporal? Según Martínez Marina (3), "en los títulos II, III y IV, libro III de la Novísima Recopilación, que, según diremos más adelante, contiene materiales para disponer una introducción o título preliminar al Código nacional, falta una ley sobre la promulgación y publicación de las leyes, formulario de esta publicación, medidas para que lleguen a noticias de todos y sobre el tiempo fijo en que comienzan a obligar las leyes después de publicadas.

"La promulgación es la única prueba de la existencia de la ley y la viva voz del legislador; desde entonces comienza a ejercer su imperio sobre los súbditos y éstos quedan obligados a la observancia de la ley."

El principio de la vida del Derecho lo reconoce Martínez Marina (4): "En la sociedad humana no puede haber un sistema de leyes perfecto e invariable. La natural inestabilidad de las cosas; el tiempo, que todo lo destruye, muda o altera; la fuerza de la opinión; nuevas ideas y costumbres; los progresos de la civilización, de la cultura, de la industria y de las artes; la propagación de las luces y otras causas físicas, políticas y morales, necesariamente han de influir más o menos rápidamente en la mudanza del gobierno, de las instituciones políticas

(1) Martínez Marina: *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, 1820, página 125.

(2) Ob. cit., artículos V, VI y VII.

(3) Ob. cit., pág. 243.

(4) Ob. cit., pág. 93.

y de las leyes, y sería un despropósito querer acomodar al siglo XIX todas las que regían en los tiempos bárbaros, y no menos desvarío aplicar a éstos las providencias, aun las más excelentes, de nuestra Edad" (1).

Reconocida la mudanza, ¿qué efecto temporal tendrá la nueva legislación? Según el mismo autor (2): "También falta en el Código, y no sé si se encontrará en alguno de nuestros cuadernos legales, una regla fija sobre la ejecución y efectos de las leyes. Hemos dicho que las positivas no pueden tener efecto alguno sino desde el momento que comienzan a existir, ni inducen obligación legal hasta que se promulguen. El hombre puede obrar a su salvo y hacer sin temor ni recelo lo que no le esté prohibido ni vedado. Parte de la libertad civil consiste en el uso de ese derecho y en vivir seguro bajo la protección de la ley, siempre que no choque con la voluntad del legislador. Luego *la ley, si ha de ser justa, no debe tener efecto retroactivo*; solamente ha de disponer para el futuro. He aquí una disposición general y de gran consecuencia que echo de menos en nuestra legislación.

"Publíquese, pues, una regla general, una ley que imponga a los Jueces la obligación de no aplicar *jamás* las leyes a las acciones y hechos anteriores a su existencia y promulgación, y que sirva a los ciudadanos de salvaguardia y de garantía. Se dirá que esta ley es un principio general, una regla de Derecho, un axioma. Pero es necesario que este principio, esta regla y este axioma induzcan obligación legal, y que no estén expuestos a interpretaciones caprichosas y arbitrarias."

Este *jamás*, tan exclusivo de Martínez Marina, parece excluir toda aplicación inmediata; en otro autor contemporáneo veremos actuar el concepto de Derecho adquirido y reconocido, y hasta el caso en que pueden ser justamente desconocidos. Oigamos a Posadilla en sus *Comentarios a las leyes de Toro*, que dice que los pleitos se han de decidir por las leyes posteriores (3); pero: "¿En el supuesto de que la ley ha de ser

(1) Claro que, no habiendo prendido en él el vértigo progresista, aún perdura el deseo de la estabilidad legal. "Las leyes de una gran nación deben ser firmes y perpetuas, especialmente aquellas que más directa y eficazmente influyen en la prosperidad del Estado. No puede ser durable el edificio cuyos cimientos necesitan retocarse continuamente. La ligereza y facilidad en derogar, alterar y reformar las leyes siempre ha sido funesta y producido una legislación inconstante y variable. Es, pues, necesaria una ley que proteja la perpetuidad de las buenas instituciones en cuanto sea compatible con la vicisitud de las leyes humanas."

(2) Ob. cit., pág. 246

(3) Ob. cit., pág. 20.

justa, nunca podrá tener subsistencia, ni valor, quando por ella se priva o quita a algún tercero un derecho ya adquirido?" (1).

La pregunta está bien planteada. Veamos la respuesta:

"Generalmente hablando, es cierto que la ley no valdrá ni podrá quitar el derecho adquirido por tercero, porque dexaría de ser justa; pero quando la ley es en sí justa y útil a la cosa pública o estado en general (cuya presunción siempre tiene a su favor) y de su observancia, para que se verifiquen los fines de utilidad de la ley, se perjudicase indirectamente a el derecho de tercero, valdrá, y la razón es, porque el bien general es preferido a el particular, el particular tiene interés como parte del todo en las utilidades de aquél, y además que *el dominio alto de todos los bienes de los que componen una sociedad está en el Estado*, y en el legislador como cabeza de aquél, para poder disponer de ellos con arreglo a razón en las necesidades a favor de la común utilidad.

"¿Póngame V. m. un exemplo? Los exemplos son varios, y en cada uno hay varias razones mayores o menores; pues vaya de exemplo: Teniéndose por conveniente de que los dominios de las cosas no estén en incierto, se ha mandado por las leyes que haya prescripción y que ésta sea título justo de traslación de los dominios, aunque sin consentimiento y contra la voluntad de los dueños de la cosa cuyo dominio prescribe...

"Dígame V. m.: Y el príncipe xefe supremo de un Estado y legislador, ¿podrá conceder privilegio a uno en perjuicio del derecho adquirido por otro? Hablando generalmente no puede, porque no hay beneficio común que deba ser preferido al particular, quando se trata de privilegio; pero en caso que haya justa causa, y sea de pública utilidad el que a el particular se premiare con aquello a que otro tiene derecho adquirido, se le podrá privar del dominio, dándole a cuenta del Estado el quantum interest. Esto es, todo aquello en que por el privilegio se le perjudica; y en este caso, aun contra la voluntad del dueño, se le puede privar del derecho adquirido."

Aun mezclada la materia intertemporal con la teoría de la expropiación, el principio del bien común o utilidad general está vivo en el escritor. Sigamos:

"Un exemplo para mi mejor inteligencia: Ofrece uno hacer un canal de riego para beneficiar sus tierras en cantidad considerable, de lo

(1) Ob. cit., pág. 27.

que resulta también beneficio al reyno y al erario, y aun a muchos particulares que tienen heredades que pueden regarse y beneficiarse; pero no se ofrece a ejecutarlo si no se le franquean los terrenos por donde el canal pase, libres, y el dominio de los que ocupe la acequia por donde ha de conducir el agua; se le concede por el príncipe por las justas razones de común utilidad en la obra de riego ofrecida. Supongamos que en el camino que debe llevar la acequia hay una heredad mía; pues el príncipe, por justa causa de utilidad común, puede privarme contra mi voluntad del dominio de mi heredad; pero de cuenta del Estado, o de quien perciba directamente las inmediatas utilidades de la obra nueva, se me debe pagar por el justo precio la heredad que se me inutiliza.

"Lo entiendo y saco de la doctrina de V. m. que *la ley general justa y por causa de común utilidad del reyno puede privar a un súbdito del derecho adquirido, aun sin la obligación a pagarle el justo precio de ella*; y que en el privilegio particular concedido con justa causa de utilidad puede también quitarse el derecho adquirido a tercero; pero que se le ha de satisfacer el justo precio de la cosa o el quantum interest" (1).

En germen, las doctrinas de Savigny y de Lassalle sobre efectos de leyes extintivas y sobre exclusiones sin indemnización, se encuentran en los párrafos de este autor español que anteceden.

Veamos, por lo que influyó en nuestros juristas, la doctrina de Domat en su obra *Las leyes civiles en su orden natural* (2): "Todas las ideas que pueden concebirse de las distintas clases de leyes, con sus denominaciones de divinas y humanas, naturales y positivas, religiosas y políticas, de Derecho de gentes y de Derecho civil y otras cualesquiera se reducen a dos clases, que las abrazan todas, de cualquier especie que sean, a saber, unas inmutables y otras arbitrarias... o humanas (3).

"Las leyes inmutables se llaman así porque son naturales y su justicia se extiende a todos tiempos y lugares (4), de modo que ninguna autoridad puede cambiarlas ni abolirlas; y las arbitrarias, al contrario, son aquellas que un poder legítimo puede establecer, cambiar y abolir según convenga. Estas leyes inmutables o naturales... son de tal modo esenciales a las obligaciones que forman el orden de la sociedad, que no

(1) Ob. cit., págs. 28 y siguientes.

(2) Arreglada para España por Vilatrubias y Sardá, 2.<sup>a</sup> edición, Barcelona, 1844.

(3) Ob. cit., págs. 42 y 81.

(4) El retroceso en relación al Padre Suárez es evidente, y sólo la España liberal, olvidada de su Historia, podía recibir como un progreso lo que era lo contrario.



podrían cambiarse sin destruir la raíz, los cimientos de este orden; y las arbitrarias son las que pueden diversamente establecerse, cambiarse y aun abolirse sin atacar al espíritu de las primeras y sin violar los principios del orden social.

"Las leyes naturales pueden ser de dos clases. Unas hay que convencen al espíritu sin necesidad de raciocinios, a causa de la evidencia de su certeza. Otras, empero, no tienen la misma evidencia, y su certeza no se descubre sino a fuerza de deducciones que ponen en claro su relación con los principios de donde dependen (1).

"Las leyes arbitrarias no obligan ni tienen efecto sino después de publicadas (2). Las naturales tienen su efecto independientemente de su publicación. Las leyes naturales son verdades (3) que la Naturaleza y la razón enseñan a los hombres, teniendo en sí mismas la justicia y la autoridad que obliga a su observancia, y nadie puede eludir su cumplimiento so pretexto de ignorarlas; las arbitrarias, al contrario, no son más que unos hechos naturalmente desconocidos a los hombres, no obligando por lo mismo hasta después de su publicación. Síguese de aquí que las naturales determinan lo pasado y el porvenir, pero las arbitrarias sólo miran al porvenir, pues lo pasado debe siempre decidirse por leyes anteriores.

"Aunque las leyes arbitrarias no pueden tener efecto sino en los casos futuros, con todo, si lo que ellas ordenan está conforme con el Derecho natural o con alguna otra ley arbitraria que esté ya en uso, tendrán, con respecto a lo pasado, el efecto que puede darlas su conformidad con el citado Derecho o con las otras antiguas (4).

"Los casos pendientes o que no están decididos al tiempo de la publicación de la ley deben autorizarse por disposiciones anteriores, a no ser que por un motivo especial la ley mande que su disposición tenga lugar aun respecto de lo pasado; o bien, aun cuando no lo ordenen así expresamente, si ella debiera servir de regla para decidirlo, como sucedería, por ejemplo, si la nueva ley no hiciese otra cosa que restablecer otra antigua o una de Derecho natural cuya práctica hubiese sido alterada por un abuso, o bien cuando resolviese algunas cuestiones sobre las cuales no podían citarse ni leyes ni costumbres anteriores.

(1) Ob. cit., pág. 54.

(2) Ob. cit., págs. 63 y 82.

(3) He aquí el error naturalista y racionalista: confundir las mal llamadas *leyes naturales* con las normas.

(4) Ob. cit., pág. 64.

"Como las leyes establecidas de nuevo sólo miran a lo futuro, pueden, según exijan las circunstancias, cambiar las consecuencias que debieran tener otras anteriores, pero siempre sin perjudicar al derecho que alguno tuviese ya adquirido.

"La no retroacción tiene por objeto no arrebatar a los ciudadanos lo que hayan lícitamente estipulado bajo la autoridad de la ley anterior. Se sigue de aquí que jamás deba decirse que una ley sea retroactiva cuando arregla cosas que, no estando sujetas a convenciones particulares, no han podido ser en ningún tiempo objeto de algún pacto o transacción. Así, por ejemplo, las leyes que determinan las cualidades civiles de las personas, el tiempo de la mayoría y minoridad " (1).

La misma doctrina de las leyes naturales de Dornat y de sumisión al interés público de Posadilla, adelantándose a la teoría del pacto o cláusula social tácita, se encuentra en Manresa en su historia legal (2).

El espíritu progresista informa la Introducción de Rubio, al libro I de Filangieri. Después de aceptar la idea del contrato social, creador, según él, de la sociedad civil, tras la natural y declarar que todas las leyes de la sociedad están destinadas a la conservación y tranquilidad de los ciudadanos.

En el derecho natural, se hallan los principios de lo justo y de lo honesto en todas las cosas. La bondad absoluta es la conformidad con los principios universales de la moral, que son comunes a todos los pueblos, porque están fundados sobre la misma naturaleza (3), y la bondad relativa de las leyes es la conformidad que éstas tienen con el Estado para el cual se forman, acomodándolas al gobierno, carácter, genio y a la índole de los ciudadanos (4).

Los mejores Códigos están expuestos a las vicisitudes del Estado y a la inconstancia de los hombres; las mismas leyes que en un tiempo han hecho la felicidad de la nación, en otro causaron su ruina.

La ignorancia, los gritos del interés de algunos particulares que siempre son más fuertes que el del público; la envidia, la ciega veneración que el vulgo tiene por las leyes antiguas (sic) y el desprecio por todo lo nuevo, todo esto se conjura para impedir que se establezca la

(1) Ob cit, págs 83 y siguientes.

(2) Páginas 125 y siguientes.

(3) Página XCIII.

(4) Páginas XCIX y CX.

nueva legislación (1). La decadencia de las leyes se hace insensiblemente (2).

Igual doctrina del derecho natural que Dornat informa la obra de Filangieri, que en su prólogo declara ser su objeto "hacer conocer las leyes de la naturaleza" (3), y basta ver la introducción para comprender que el objeto de su libro es, más que la ciencia de la Legislación, la de la reforma de la legislación (4).

Trata de fundar ésta en las leyes naturales, y como todos los de su época, no vacila en hablar de ese horror teórico que es el supuesto Código de la Naturaleza (5).

Reconoce la mutabilidad. ¿Quién dudará que la mejor legislación puede llegar a ser la peor, y que la más útil y ventajosa para un pueblo en un tiempo, en otro le será la más perjudicial?" (6).

El capítulo VII lo dedica a tratar "De las dificultades que se encuentran en la mudanza de la legislación de la nación y de los medios de superarlas", y en el VIII dice que "la decadencia de los códigos es una revolución política que se hace lentamente, que camina con pasos casi insensibles" (7), y propone que haya un *sensor de leyes*.

El reconocimiento de la irretroactividad es firme en otros tratadistas de la época. La Serna y Montalbán, que dicen que "La ley mira sólo al porvenir (ley 15. título 14, Partida III), y por esto se dice que no tiene efecto retroactivo; máxima eterna consagrada en todos los códigos y que puede considerarse como un principio de moral legislativa (8). Pero cuando sin establecer nuevo derecho la ley explica sólo el sentido de otra que la precedió, entonces se retrotrae la nueva al tiempo de la que dió lugar a la duda, mas respetando siempre la autoridad de la cosa juzgada, las transacciones y las decisiones arbitrales consentidas. Lo mismo debe decirse cuando la nueva ley determina expresamente que se le dé efecto retroactivo, caso raro, pero no desconocido en nuestro derecho." Nota.—Puede servir de ejemplo la ley 6, título II, li-

(1) Páginas CII y siguientes.

(2) Página CVII.

(3) *Ciencia de la Legislación*. 3.<sup>a</sup> edición. Madrid, 1822. Prólogo, pág. V.

(4) Página 54.

(5) Página 34.

(6) Página 46.

(7) Ob. cit., pág. 6.

(8) Principio de moral legislativa se llama también. (C. Miguel, en sus *Prolegómenos del Derecho*. Valencia, 1847, pág. 63.)

bro III, y las leyes 8 y 9, título XV, libro X de la Novísima Recopilación (1).

Se repite, pues, la fórmula romana; la teoría no ha variado; sólo hay una mayor consideración de los casos de reforma legal, una interpretación de las viejas fórmulas romanas y canónicas menos fiel a la tradición, más dispuesta a admitir la variación; pero la teoría, la misma. La doctrina revolucionaria jacobina no se admitió por nuestros tratadistas; no pasó de las sociedades secretas y medios revolucionarios. La influencia francesa del espíritu jacobino, tan fuerte en lo político, no lo fué en lo civil, en que preponderó la de la codificación napoleónica, cuya fórmula casi repiten, como veremos, La Serna y Montalbán.

Diremos algo sobre ella, por haber influido en el nuestro y en otros Códigos.

ANTONIO MARÍN MONROY

Notario

(1) *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Madrid, 1851, tomo I. página 184.

## Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de fecha 28 de enero de 1936.*—La facultad de recurrir contra la capitalización del líquido imponible, concedida por el artículo 85 del Reglamento, párrafo último, cuando se acredita tener interpuesta reclamación contra aquél antes de la presentación de los documentos en la Oficina liquidadora, es ejercitable ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, aunque tal justificación se haya omitido al presentar el documento a liquidación.

\* \* \*

Presentada una escritura de donación de una casa ante la Oficina liquidadora de Sevilla sin documentarla con el justificante del líquido imponible correspondiente a la finca, la Abogacía del Estado pidió el dato a la Administración de Propiedades y Contribución Territorial, la cual lo facilitó en una simple cuartilla con el sello de la dependencia, haciendo constar que aquél ascendía a 15.840 pesetas.

Con ese elemento de juicio comprobó la Oficina liquidadora y obtuvo aumento de base liquidable en relación con el valor declarado por los contratantes, y contra ella recurrió la donataria contribuyente, alegando que el líquido imponible tenido en cuenta no era el torrespondiente a la finca donada, puesto que contra él habíase formulado reclamación con anterioridad a la fecha de la escritura y se había rebajado, en su consecuencia, a la cifra de 12.262,50 pesetas; todo lo cual se acreditó con la certificación correspondiente.

El Tribunal Económico-Administrativo Provincial desestimó la reclamación, fundado en que se había aplicado rectamente el párrafo segundo del artículo 80 del Reglamento, y no estimó aplicable el pá-

rrafo último del artículo 85 porque, al mismo tiempo que se presentó el documento en la Oficina liquidadora, no se acreditó tener interpuesta con anterioridad reclamación contra el líquido imponible.

Recurrido el fallo ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, éste lo revoca, fundado en que aunque la Oficina liquidadora de Sevilla comprobó la transmisión ajustándose al dato del líquido imponible, facilitado por la Administración de Rentas a causa de no haberlo suministrado el contribuyente, no es menos cierto que está demostrado que contra dicho líquido imponible había reclamado el donante de la finca en cuestión, antes de ser presentada a liquidación la escritura de donación; y si bien esa justificación no fué aportada junto con el documento liquidado, la existencia de la reclamación y del nuevo líquido imponible fijado como consecuencia de ella ha quedado suficientemente acreditado con las pruebas aportadas en primera instancia; por todo lo cual, el caso está comprendido en el último párrafo del artículo 85 del Reglamento, que admite la reclamación en estos casos a condición de tener interpuesta contra ese elemento comprobatorio, con anterioridad a la presentación de los documentos, la oportuna reclamación administrativa.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de fecha 18 de febrero de 1936.*—Ha de considerarse como sustitución fideicomisaria la institución de heredero, con la obligación de que el instituido ha de disponer de los bienes en favor de los hijos del testador en la proporción que aquél estime conveniente, debiendo, en su consecuencia, girarse la liquidación al heredero como usufructuario y aplazarse la de nuda propiedad hasta su fallecimiento.

\* \* \*

Un causante catalán dispuso en su testamento, entre otros particulares que no hacen al caso, lo siguiente: "De todos mis bienes muebles e inmuebles, créditos, valores, derechos y acciones que me pertenecen y puedan pertenecerme en lo sucesivo, nombro e instituyo por mis herederos universales, en cuanto a una cuarta parte, a mis cuatro nombrados hijos Esteban, José, Enrique y Dolores Puigdemolas y Barella, y a todos los demás que nacidos o póstumos dejare al tiempo de mi fallecimiento, habidos de mi actual matrimonio con doña Dolores Barella.

por partes iguales entre ellos y a sus libres voluntades; y en cuanto a las tres cuartas partes restantes, instituyó heredera a mi repetida esposa doña Dolores Barella, con la obligación de disponer de los bienes que de mí herede entre nuestros hijos comunes, en partes iguales o desiguales a su voluntad y discreción, según las circunstancias."

Otorgada la correspondiente escritura de partición, se adjudicaron las tres cuartas partes de los bienes a la viuda y la otra cuarta parte a los cuatro hijos, expresándose que a dicha señora se le hacía la adjudicación con la condición que el causante había establecido en el testamento, y también que lo correspondiente a los hijos era a título de libre disposición. La Oficina liquidadora de Barcelona, entre las liquidaciones practicadas, giró una a la viuda por la plena propiedad de las tres cuartas partes de la herencia.

Esa liquidación fué recurrida ante el Tribunal Provincial Económico-Administrativo, alegando la cláusula testamentaria y haciendo ver que, según ella, la adquirente no podía realizar otros derechos en relación con los bienes adjudicados que los de una mera usufructuaria, puesto que los actos de disposición estaban concretados en la simple facultad de distribuir aquéllos entre sus propios hijos, y en esa forma fueron adjudicados y aceptados. Por tanto, estimaba la reclamante que le amparaba el párrafo segundo del artículo 32 del Reglamento del Impuesto, que previene que cuando el heredero instituido en primer lugar no tenga derecho en ningún caso a disponer de la herencia, ya por actos intervivos, ya por causa de muerte, se reputará como mero usufructuario. añadiendo que lo único a que podría dar lugar la facultad de distribución concedida por el testador era la indeterminación del valor de la nuda propiedad en el momento actual con relación a cada uno de los herederos, lo cual conduciría a aplicar el párrafo quinto del artículo 57 del Reglamento y a diferir la liquidación correspondiente a la nuda propiedad hasta que se concrete la porción de bienes que a cada hijo corresponde en las tres cuartas partes de que se trata.

El fallo del Tribunal Económico-Administrativo Provincial fué adverso. No apreció la existencia de institución fideicomisaria, sino de institución sujeta a la condición de que la instituida dispusiese de los bienes *mortis causa* a favor de los hijos, pero sin expresa limitación ni prohibición de disponer libremente de ellos por actos intervivos, o lo que es lo mismo, que la adquisición fué en pleno dominio, excluyente de la aplicación del citado artículo 32.

El Tribunal Económico-Administrativo Central, en cambio, sienta la doctrina de que la condición impuesta por el testador y aceptada por la recurrente implica la prohibición de enajenación y la obligación de la conservación de los bienes para entregarlos a los hijos; única facultad concedida a la instituída, que no afecta a la esencia de la institución, para calificarla de sustitución fideicomisaria y ser liquidada en el concepto de usufructo, conforme a los artículos 32 y 33 del Reglamento; y en cuanto a la nuda propiedad, entiende que quedando a la voluntad de la instituída la determinación de la parte que a los hijos ha de corresponder en los bienes, circunstancia indispensable para fijar el tipo de liquidación aplicable a cada heredero, y no siendo tampoco determinable el valor que los bienes tendrán cuando los hijos los adquieran, ni el tipo de liquidación que entonces regirá, ha de aplazarse la liquidación por nuda propiedad y hacer la oportuna indicación para aplicar en su día el párrafo último del artículo 57 del Reglamento, que, como es sabido, manda que la base y el tipo se fijen cuando la limitación a que estaba afecta la adquisición desaparezca.

*Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 14 de octubre de 1941.* Los denunciantes en materia de impuestos carecen de acción para discutir el criterio de la Administración sobre la desestimación de las denuncias, cabiéndoles solamente el derecho a someter al conocimiento de los Tribunales de lo contenciosoadministrativo la participación en las multas impuestas como consecuencia de la denuncia.

\* \* \*

La demandante doña J. C. denunció ante la Abogacía del Estado de Sevilla, en escrito de 20 de mayo de 1931, que D. R. A. había fallecido en dicha capital el 15 de enero de 1910, bajo testamentos otorgados en 15 de marzo y 21 de julio de 1907; que aunque este testamento lo conceptuaba nulo, y sin perjuicio de impugnarlo adecuadamente, manifestaba que en él aparecía nombrada legataria de todos los bienes del causante doña J. V., la cual estaba casada, habiendo desaparecido su marido sin concederle la licencia para aceptar la herencia; no obstante lo cual la legataria, sin pedir la declaración de ausencia ni habilitarse judicialmente, se había apropiado de los bienes, y entre ellos una casa en Sevilla, la cual continuaba inscrita a nombre del causante,



y manifestaba, por fin, que ni por herederos legatarios ni albaceas se habían practicado el inventario, avalúo, liquidación y partición de los bienes, por lo cual debían ser considerados como defraudadores a la Hacienda.

La demandante se ratificó en la denuncia, y en escrito posterior insistió en sus puntos de vista y en demostrar que la acción para liquidar el impuesto no había prescrito, ya que el tiempo de prescripción de las acciones debe contarse desde el día que pudieron ejercitarse, y porque en todo caso se había interrumpido la prescripción por estar disfrutando de la finca los denunciados y especialmente la legataria, significando el hecho de abonar las contribuciones el reconocimiento de la obligación de satisfacer el impuesto. Además, del hecho de haber ella demandado de conciliación al albacea sobre utilidad del testamento, y de la contestación dada por él, afirmando que hacía más de veinte años que había cumplido y terminado sus funciones, deducía una segunda interrupción de la prescripción.

La Abogacía del Estado de Sevilla desestimó la denuncia, estimando prescrito el derecho de la Administración a liquidar el impuesto, y además porque el hecho de no haberse formalizado las operaciones particionales de los bienes relictos mediante documento público no suponía que el impuesto no hubiere sido pagado, puesto que pudo efectuarse por medio de relación de bienes, ya que la escritura pública no es indispensable para que la liquidación sea definitiva; y en cuanto a la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad, no prueba la defraudación.

Este acuerdo fué recurrido por la denunciante ante el Tribunal Provincial Económico-Administrativo, solicitando que se estimase la denuncia en razón de no estar prescrita la acción administrativa para liquidar el impuesto, porque existía la condición suspensiva de no estar autorizada la heredera usufructuaria para aceptar la herencia ni para practicar las operaciones particulares; y además pidió que se declarara que hubo negligencia en los funcionarios que no llevaron a efecto la investigación de la herencia, y que se dirigiese la acción investigadora contra los poseedores de los bienes transmitidos y contra estos mismos.

El Tribunal Provincial Económico-Administrativo desestimó la reclamación y confirmó el acuerdo de la Abogacía del Estado por sus propios fundamentos.

Recurrido ese acuerdo al Tribunal Económico-Administrativo Cen-

tral, éste volvió a confirmar el acuerdo impugnado, aplicando—asi dice—los artículos 48 y 142 del Reglamento (hoy, el segundo, el 141).

Este acuerdo fué también recurrido ante el Tribunal Supremo, entablando el correspondiente recurso contenciosoadministrativo, cuya demanda fué contestada por el Fiscal, alegando la excepción de incompetencia de jurisdicción y, en todo caso, absolución de la Administración.

La Sala 4.<sup>a</sup>, con cita de las sentencias del mismo Tribunal de fechas 10 de noviembre de 1905, 12 de febrero de 1908, 10 de abril de 1918 y 9 de diciembre de 1932, aprecia la exención alegada y dice que la doctrina de la Sala "es tradicional y constantemente reiterada en el sentido de que los denunciantes, como tales, tienen el carácter de meros agentes o mandatarios de la Administración, y en este concepto les está vedado sustituir por su juicio el de aquélla sobre la procedencia de las denuncias, y carecen, por tanto, de acción..., asistiéndoles sólo el derecho a discutir su participación en las multas impuestas como consecuencia de su denuncia", y añade que, una vez resuelta la improcedencia de ésta, "es clara la imposibilidad de que llegara a tener existencia una multa de la que participase la denunciante y cuya discusión constituiría su único derecho susceptible de vulneración".

Es decir, que, en definitiva, la Sala estima que no existe derecho administrativo violado y, por consiguiente, surge la incompetencia de jurisdicción característica de la ausencia de cualquiera de los requisitos fundamentales exigidos por el artículo 1.º de la ley de lo Contencioso-administrativo.

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

Abogado del Estado

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1941.—*Derecho de retención.*

El problema, sometido a casación, se reduce en síntesis a apreciar el alcance que, según el vigente derecho español, ha de darse al párrafo segundo del artículo 1.866 del Código civil, tema alrededor del cual se mantienen las tesis contradictoriamente sustentadas por recurrente y recurrido, pues al paso que aquél sostiene que la garantía prendaria, constituida por Bauer y Compañía, ampara con idéntico alcance e igual trascendencia, no sólo los créditos que a aquélla sean afectos especialmente, sino todos los que con posterioridad se constituyeron y fuesen exigibles antes de satisfacerse la deuda originaria (motivos primero y segundo del recurso), añadiendo en el motivo tercero, con invocación del artículo 15 de la ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, que, respecto a estos últimos, tiene el Banco acreedor el derecho de abstención que la Ley especial le otorga, con todas las consecuencias que de esa declaración son obligada secuela, sostiene la parte recurrida que el juego del derecho de retención a que exclusivamente hace referencia el mencionado párrafo del Código civil, no afecta, en el caso litigioso, con fuerza de privilegio, al derecho de los acreedores comunes implicados en la suspensión de pagos de Bauer y Compañía, y, por tanto, que a la masa común ha de afluir, para su ordenada distribución entre todos, lo que exceda del precio que se obtenga con la enajenación de los valores pignorados, luego de satisfacerse el crédito asegurado por ellos; por donde se ve que la cuestión litigiosa, cualquiera que sea su repercusión económica, queda circunscrita a la interpretación cabal de un precepto de Ley y a las consecuencias indeclinables que de esa interpretación se deduzcan, con aplicación al problema discutido.

Si se examina atentamente el artículo 1.866 del Código civil y se le pone en relación con los preceptos concordantes, singularmente con el contenido en el artículo 1.858 del propio Cuerpo legal, es fácil concluir que el derecho de prenda no está caracterizado solamente por

una facultad de retención a la que, en efecto, se refieren expresamente los dos párrafos del precepto primeramente invocado, sino que también es de esencia en él, conforme al segundo de dichos preceptos y parejamente con el derecho de hipoteca, la facultad de enajenar las cosas constituidas en garantía para pagar al acreedor ("*jus distrahendi*"); consideración bien sencilla, pero que tiene un singular interés en el caso discutido, ya que comenzando por asignar inexactamente al derecho de prenda una sola característica social (el "*jus retentionis*") se pretende equiparar la institución contemplada por el primer párrafo de dicho artículo 1.866 con la regulada por su párrafo segundo, haciendo abstracción de otra nota que es esencial para aquella y que, como tal, se recoge en el mencionado artículo 1.858, error inicial en que se engendra una equivocada interpretación del precepto que intenta aplicar a situaciones notoriamente diversas un régimen jurídico que ni en el texto del Código ni en la doctrina generalmente aceptada le es común.

Aun cuando en el Derecho positivo español no se ha construido una teoría del derecho de retención ni se ha cuidado de agrupar bajo una rúbrica común todos los supuestos que en el Código civil y en el de Comercio aluden a él, lo que constituye una dificultad de importancia para señalar, abstrayéndolas de los supuestos conceptos en que ése se regula, sus características esenciales así con preferencia a las partes a quienes directa e inmediatamente afecta como a los que merecen el concepto de terceros, no puede negarse, sin embargo, que en todos los casos en que en aquellos cuerpos legales se hace referencia al derecho de retención se concibe no como una ampliación del derecho primordial a que va anejo, sino como una facultad de mantener la tenencia de la cosa por título distinto del originario y que, además, se engendra siempre en una disposición legal, a la que precisa atenerse para deducir sus obligadas consecuencias en cuantos casos puedan presentarse, lo que tiene positivo interés en trance de resolver cuestiones como la que ahora está en litigio, porque concebido el derecho de que se trata como un medio de vencer la voluntad rebelde del obligado, su trascendencia respecto de terceros depende de la naturaleza que dentro del sistema legislativo se asigne al derecho de retención, cuando se articula como institución jurídica sustantiva, y, en otro caso, de las normas singulares que se hallan establecidas para regular sus distintas aplicaciones.

Aparte de no ser uniforme la doctrina en punto a la naturaleza del derecho de retención, al que una tendencia que pudiera llamarse clásica asigne condición personal por el hecho de haber tenido su más remoto origen en la *exceptio doli* y otra, totalmente contraria, atribuye carácter real, por obra de sujeción directa, *erga omnes*, de la cosa objeto del derecho, amén de una posición científica en cierto modo ecléctica, y que sin negar el *jus retentionis*, naturaleza personal, mantiene su eficacia respecto de terceros a modo de privilegio, que otorga a determinados créditos rango preferente respecto de los denominados comunes, no es lícito al intérprete, llamado a inquirir en el ejercicio de su misión la voluntad del legislador, rebasar los límites de su función peculiar, sustituyendo por su personal convicción, esté o no apoyada por el Derecho constituyente, la expresión de esa voluntad, que, aun a título de una pretendida oscuridad o deficiencia que pueda ser corregida acudiendo a los métodos de interpretación que tiene a su alcance, afirmación ésta que se trae a colación en este litigio, porque es indudable que la posición del Derecho español vigente frente al problema que por primera vez se plantea ante este Tribunal, puede inferirse de los antecedentes del precepto discutido, de sus concordancias fundamentales con otros idénticos contenidos en legislaciones afines a la propia y, sobre todo, de la sistemática del Cuerpo legal, en que ese precepto está contenido que es fuente muy adecuada para llegar a una conclusión que, además de ser razonable, satisfaga las exigencias de la lógica.

Contemplando el caso a la luz de los antecedentes del precepto es recusable la tesis del recurso, porque al mantenerla se olvida que el párrafo segundo del artículo 1.866 del Código civil tiene su antecedente más remoto, según el unánime parecer de los comentaristas, en la Ley única, título 27, libro VIII del Códex "*etiam ob chirographarium pecuniam retineri posse*", y que esa Ley concibe el derecho de retención como una excepción de naturaleza personal, otorgada a quienes frente a la acción reivindicatoria no podrán utilizar ni la *condictio indebiti* ni la *actio negotiorum gestorum*, y que precisamente por aquella condición no podía ejercitarse frente a los terceros (*quod in secundo creditore locum non habet*); y se reconoce, asimismo, que la Ley XXII, título 13, Partida V, precedente más próximo de la norma actual, cuando recogió casi en sus términos literales la romana, cuidó también de limitar su alcance añadiendo: "e esto dezimos que debe ser guardado tan solamente a aquellos que fazen el debido a sus herederos", por lo que

no es de extrañar que el precepto recogido ya en el proyecto de 1851 (art. 1.779) y plasmado en el que ahora está en vigor, haya sido interpretado con ese limitado alcance por la generalidad de los comentaristas españoles, siquiera la doctrina científica no muestra la misma unanimidad, mas debiendo advertirse, porque ello robustece aquel parecer, que la supradicha interpretación coincide exactamente con la que alrededor de preceptos sustancialmente idénticos contenidos en el Código francés (art. 2.088, párrafo 2) y en el italiano (art. 1.888, apartado segundo) sustenta la doctrina extranjera, y concretamente la jurisprudencia italiana que, al pronunciarse sobre el mismo punto sometido ahora a discusión, declara que ese derecho de retención otorgado al acreedor prendario como prórroga de la facultad de retener, que con la de enajenar caracterizan el derecho de prenda, está limitado y circunscrito a las relaciones entre acreedor y deudor y constituye defensa de éste y no privilegio con relación a terceros, lo que ofrece base bastante para inferir el alcance de esa facultad de retención, que permiten precisar en Derecho español, como ha podido verse, los antecedentes del precepto que lo establece y su sustancial identidad con otros similares del Derecho ajeno, inspirados, por otra parte, en una común tradición jurídica.

Si, por otra parte, se pretendiese que la tesis del recurso puede prosperar, aun tratándose de un derecho de naturaleza personal, estimando titulado privilegiado el que asiste a su titular en relación con otros de rango inferior, fallaría también la teoría del recurso, establecido con miras a una concepción que, cualesquiera que sean sus defectos, no es la del Código español; porque notorio como es que por él no ha sido regulado el derecho de retención como institución sustantiva, aunque sean numerosas sus aplicaciones en materia civil (artículos 453, 464, 502, 1.600, 1.730, 1.892, entre otros) y en materia mercantil (arts. 275, 704, 842, 868 *ad exemplum*), se da el caso, por falta de esa unidad conceptual y méritos de esa dispersión, que la misma falta de unidad impera en las consecuencias jurídicas y económicas de ese derecho, que en unos supuestos, como el contemplado por el artículo 502 del Código civil, lleva anejo un derecho de reintegro; en otros se traduce en una preferencia o prioridad, como en los eventos a que aluden los números 4, 5 y 7 del artículo 1.922; y en algunos, como en los casos a que se refieren los artículos 276, 704 y 842 del Código de Comercio, el privilegio originario se aproxima, casi hasta

la confusión, a un derecho de garantía, lo que permite concluir legítimamente que si no puede aplicarse al derecho de retención una norma general, que no existe, ni regularlo por un criterio único, deducido de la uniformidad de sus consecuencias, según el régimen variadísimo del Derecho patrio, sólo una norma específica permitiría llegar a la conclusión que el recurrente mantiene y autorizaría el juego concordado del artículo 1.922 del Código civil a que hace referencia el 913 del de Comercio, en el supuesto a que alude el artículo 15 de la Ley sobre suspensión de pagos; y es notorio que el primero de dichos preceptos sólo incluye entre los créditos privilegiados para todos los efectos del último de los artículos los garantizados con prenda, concepto que no se identifica como se ha demostrado, con el derecho de retención aisladamente considerado, sin que tampoco sea lícito autorizar una extensiva interpretación que veda la naturaleza excepcional de la norma de solución, en la que, como en el caso antes estudiado, coincide con el propio parecer la interpretación ajena frente a los mismos preceptos de sus respectivos Códigos, cuyo alcance ha sido examinado en otro lugar.

DEC.  
SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1941.—*Ley Hipotecaria.*

Afirmado por la Sala sentenciadora que el contrato celebrado el 22-VI-1929, por el que el demandado, José Fernández Martínez, aparece vender al también demandado D. Sixto Pedregal Santullano la Calera denominada "La Tara", fué simulado y sin eficacia alguna, y no habiendo sido combatida tal apreciación por el recurrente, hay que partir de ella como base inicial para la solución de este recurso y deducir la ineludible consecuencia de que no habiéndose transmitido por tal contrato simulado la propiedad de dicha Calera a D. Sixto Pedregal, no pudo éste transmitirla a la entidad recurrente, Caleras de Valdeorras, por el contrato que aparece celebrado en 17 de junio de 1936.

Sentado lo que precede y teniendo en cuenta que el referido contrato de 22-VI-1929, estimado como simulado, fué inscrito en el Registro de la propiedad en 30-V-1936, la cuestión se reduce a dilucidar si la Sociedad Caleras de Valdeorras puede amparar el derecho que pretende a la propiedad de la mencionada Calera en los preceptos

de la ley Hipotecaria referentes a los efectos de las inscripciones de derechos en el Registro.

En la referida inscripción de 30-V-1936, cuyo contenido figura por certificación en los autos, se hace constar que no apareciendo inscrita la finca a nombre del vendedor D. José Fernández ni de ninguna otra persona, se inscribía al amparo del párrafo 3.º del artículo 20 de la mencionada Ley, y siendo esto así hay que considerar aplicable al presente caso el párrafo 4.º del mismo artículo, que dispone que estas instrucciones no surtirán efecto contra tercero hasta después de transcurridos dos años, contados desde su fecha.

Habiéndose presentado la demanda origen de este litigio en 24-V-1938 y siendo la inscripción primera de la finca de fecha 30-V-1936, es visto que no había transcurrido al presentarse la demanda el plazo de dos años exigido en el citado artículo, y, por tanto, que Caleras de Valdeorras no puede ostentar ningún derecho fundado en tal inscripción frente al que alegan los demandantes, que tienen condición de terceros, condición que se ha de aplicar igualmente a la segunda inscripción de la mentada Calera "La Tara", hecha en 11-VII-1935, que se basa en la primera y de ella trae su origen.

Si bien el artículo 1.473 del Código civil dispone que cuando una cosa inmueble se haya vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro, la sentencia recurrida, apoyándose en reiterada jurisprudencia de esta Sala, condiciona tal precedencia a la existencia de buena fe por parte del inscribiente, condición que no es rechazada, sino más bien admitida por el recurrente, que basa los dos primeros motivos del recurso en la no existencia de la mala fe apreciada por la Sala sentenciadora, por lo cual es necesario examinar este extremo que se discute en el motivo primero.

Dicho motivo primero atribuye a la Sala sentenciadora error de Derecho en la apreciación de la prueba, y para demostrar tal error el recurrente sustituye su propio criterio al del Tribunal *a quo*, sin citar, salvo lo que a continuación se dirá, ningún precepto ni doctrina legal relativo a la prueba que se consideren infringidos, lo que es bastante para desestimar este motivo en cuanto a los extremos que a tal deficiencia alcanza.

Uno de los elementos de prueba de la mala fe apreciados por la sentencia recurrida es el hecho de que, habiendo reconocido la Sociedad



Caleras de Valdeorras, al contratar con los demandantes D. Carlos Alvarez de Toledo y D. Gabino Chamosa, que la propiedad de "La Tara" les pertenecía, adquirieron dicha Calera sin hacer averiguación alguna con dichas personas acerca de las circunstancias que pudieran existir para que otra persona distinta de ellos ofrecieran en venta dicha finca, y al efecto de desvirtuar la fuerza probatoria de este hecho, que en sí mismo no se niega, se aducen dos sentencias, que al decir del recurrente declaran que no puede obligarse a tercero interesado a que haga un estudio jurídico de las condiciones de los bienes o derechos inscritos, declaración que se atribuye a las sentencias de 20-XII-1904 y 23-III-1906, y es visto que la primera de dichas sentencias ampara el derecho del que compró bienes reservables sin que en el Registro constaran que tenían tal cualidad, caso totalmente distinto del presente, en que no se trató de la condición jurídica de la Calera ni de que estuviera o no sujeta a reservas o restricciones legales, sino de la afirmación hecha por el Tribunal *a quo* apreciando en conjunto la prueba, de que la Sociedad Caleras de Valdeorras otorgó un contrato de compra a sabiendas de que el que aparecía como vendedor no era dueño de la cosa que vendía y de que no mostró la debida buena fe al no hacer ninguna averiguación, que le hubiera sido sumamente fácil, ante la anomalía con que el contrato se presentaba, lo que no supone obligarle a hacer un estudio jurídico, y reconociendo el recurrente que podía existir un deber moral y que no creyó necesario cumplirlo ante el título de dominio que se le presentaba, es evidente que tal incumplimiento de un deber ético, sea o no legal, tiene eficacia en orden a la apreciación de la inexistencia de la buena fe, que es un concepto esencialmente moral, aunque el derecho lo recoja para regular sus efectos; y en cuanto a la segunda sentencia alegada, o sea la de 23 de marzo de 1906, le es aplicable lo que se acaba de exponer, y al exigir que el conocimiento de las condiciones en que hubo de adquirirse un derecho, cuando éstas no resultan del Registro, se revela por hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos o por actos que haya realizado el mismo supuesto tercero, no puede negarse que están dentro del criterio seguido por la Sala sentenciadora, que en hechos y actos de esta naturaleza se apoya, por todo lo cual procede desestimar también, en cuanto a este extremo, dicho primer motivo, extremo en que en todo caso no podría prosperar aisladamente por combatirse de manera frag-

mentaria la prueba que ha sido apreciada en conjunto por la Sala sentenciadora y que en el recurso no se reseña de una manera completa.

SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1941.—*El laudo y sus efectos*

El Tribunal Supremo dice que no cabe admitir que la negativa de uno de los amigables componedores a firmar el laudo, ya discutido y votado, impide que éste tenga existencia y efectos, porque para que lo discutido y resuelto en el juicio de aquella clase constituya sentencia, es requisito esencial que todos los designados en la escritura de compromiso, concurran a la decisión de las cuestiones que les están sometidas; y cuando así sucede, la negativa de uno de los componedores a firmar el acuerdo resultante por mayoría de votos no le priva de validez y de eficacia, ni deja en libertad a las partes para llevar sus diferencias ante los Tribunales ordinarios, obligando a entenderlo así el texto y sentido del artículo 834 de la ley de Enjuiciamiento civil, y lo ya declarado por esta Sala, entre otras sentencias, en las de 23 de diciembre de 1892 y 5 de octubre de 1910.

Respecto a los efectos del laudo, repite el Tribunal Supremo que lo resuelto por los amigables componedores dentro del término y de las facultades fijadas para el ejercicio de su jurisdicción por los interesados goza de autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, conviene señalar que si lo declarado o resuelto en sentencia definitiva ha de ser tenido y respetado en calidad de verdad legal, que sólo puede ser destruída mediante el recurso de revisión, no sucede exactamente lo mismo respecto a lo decidido en los laudos o sentencias de los amigables componedores, en cuanto son éstas susceptibles de ser discutidas y anuladas dentro de la amplitud procesal del juicio declarativo cuando afecten a su validez causas distintas de las dos taxativas, que, según el artículo 1.691 de la ley Rituaria, pueden servir de fundamento y dar lugar al recurso de casación por infracción de ley contra las resoluciones de la clase expresada; y no es dable desconocer que cuando en juicio declarativo se demanda la declaración de nulidad de un laudo, no es lícito a la parte demandada proponer, fundándose en la validez de éste, la excepción de cosa juzgada para que se sustancie y resuelva del modo y forma que la ley de Enjuiciamiento dispone en su artículo 544, porque ello equivale a hacer supuesto de la cuestión dando por cierta la validez discutida.

SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1941.—*Presunciones de hecho; artículo 7, número 1, de la ley Orgánica del Poder Judicial; aplicación análoga del artículo 462, párrafo 2.º, de la ley de Enjuiciamiento civil.*

El Tribunal Supremo tiene declarado que excepcionalmente puede prosperar la casación de las deducciones del Tribunal de instancia referentes a las presunciones de hecho, cuando estas deducciones resulten absurdas, ilógicas e inverosímiles (sentencias de 25 de noviembre de 1924, 30 de septiembre de 1926 y 23 de noviembre de 1928). Ahora bien: admitir que en el caso de este pleito las Compañías litigantes convinieron desistirse del contrato, peca de las mencionadas calificaciones:

1.º Porque se deduce el desistimiento, conjuntamente, de hechos conocidos, que el Tribunal señala y de otros que no determina: "los demás acreditados en el pleito". Y como esta indeterminación deja incompleto el hecho base, no puede apreciarse su congruencia o incongruencia con la deducción; con mayor motivo, si se advierte que la parte de hecho conocida, el no haber reclamado las bonificaciones anualmente y la petición a los ocho años de comenzar el transporte de rebaja de tarifas, no son actos inequívocos de desistimiento.

2.º Porque es inverosímil que dos Compañías anónimas, que acreditan por escrito sus relaciones contractuales, lleguen a convenir el desistimiento de un contrato de la importancia del que se discute, y conservando cada contratante su respectivo ejemplar del contrato, prescinden de la forma prescrita y hasta de hacer constar el supuesto convenio en sus acuerdos sociales, libros y documentos: y es más inverosímil aún que por impulso de equidad para hacer a uno de los contratantes menos gravosa determinada cláusula contractual, se llegue no a la modificación de ésta para dejar establecido a favor de la otra parte un beneficio proporcionalmente igual al contratado, sino a la pérdida total de éste sin compensación de ninguna clase.

3.º Porque el error jurídico de la tesis de la sentencia habría que deducirlo de la imprecisión con que se refiere a la disolución del vínculo obligacional, que atribuye a convenio "expreso o tácito", silenciando el medio de expresión hablado o escrito característico del consentimiento expreso, y en cuanto al tácito (aparte de que las mencionadas circunstancias accesorias no conducen a un juicio verdadero sobre su certeza), como tanto los litigantes como el fallo admiten que

Duro-Felguera cumplió todos sus deberes contractuales, el desistimiento no pudo ser mutuo, por falta del concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del nuevo contrato.

La sentencia recurrida aplica como norma de derecho obligatorio los informes aceptados por determinado organismo del Ministerio de Obras Públicas, que inserta la *Gaceta de Madrid* del 8 de abril de 1935, informes que atribuyen efectos retroactivos a la ley sobre transportes del 8 de julio de 1932, a pesar de que no figura la retroactividad en los preceptos de esta ley. El Tribunal Supremo estima por esta razón infracción de los artículos 5.º y 3.º del Código civil. Y, en efecto, prohíbe el artículo 7.º, número 1, de la ley Orgánica del Poder Judicial a los Jueces, Magistrados y Tribunales "aplicar los Reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes". Sin embargo, hace el recurso de casación bien en no citar como infringida a esta disposición, puesto que sólo pone de relieve lo que ya resulta de la naturaleza misma de cada ley y de cualquier otra norma; de modo que basta la alegación de la norma superior no aplicada y la de la norma inferior aplicada para motivar la infracción de derecho.

Si bien los artículos 1.º y 4.º de la ley de 18 de julio de 1932 establecen que los usuarios y las Empresas están obligados a comparecer como trámite previo al ejercicio de las acciones emanadas del contrato de transporte por ferrocarril ante la Junta de Tasas, y que los Tribunales no admitirán demandas relativas al ejercicio de las acciones derivadas de dicho contrato, de las que no se acompañe certificación del acta de la Junta que acredite que no hubo avenencia entre los litigantes, como este mandato legal es de carácter formulario, análogo al del artículo 460 de la ley de Enjuiciamiento civil referente al acto de reconciliación, en los juicios declarativos, las consecuencias de su omisión deben ser las mismas que establece esta ley rituarial en su artículo 462, preceptivo de que sean válidas y eficaces las actuaciones que se practiquen sin el dicho requisito de la conciliación.

SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1941.—*Competencia.*

Las cuestiones de competencia, por tener el carácter rogado propio de nuestro sistema procesal sólo pueden decidirse entre las partes contendientes y en modo alguno a favor de ningún Juzgado que no haya

intervenido en la cuestión y cuya actuación no haya sido instada por ninguna de las partes, por lo cual es forzoso descartar en la situación procesal provocada por el demandante los motivos que en otro caso pudieran determinar la competencia del Juzgado de Bilbao, cual es la existencia de sumisión expresa. Por tanto, el artículo 92 de la ley Procesal ha quedado incumplido por parte del Juez municipal de Haro, pues no obstante declarar que había lugar al requerimiento de inhibición reconociendo su propia incompetencia, no remitió los autos al Juzgado requirente, como dicho Juzgado dispone, sino que decidió fueran remitidos a Bilbao.

SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1941.—*Competencia*

Según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1940, cuando se acumulan en una demanda acciones reales y personales, ha de considerarse preferente al objeto de regir y de determinar la competencia, aquella que sirva de base y fundamento a las demás. Si bien la jurisprudencia de este Tribunal tiene establecido que para el conocimiento de todas las incidencias que puedan surgir con ocasión de la existencia de un contrato, incluso la relativa a la nulidad del mismo, es obligado determinar la competencia por la que correspondería si la acción ejercitada derivase directamente de aquel contrato, es obvio que tal doctrina no es aplicable cuando la acción ejercitada no versa propiamente sobre la existencia o validez del contrato, sino sobre la ineficacia del mismo frente a la persona en cuyo nombre se concluyó sin representación adecuada o con extralimitación de poder. En la demanda presente se ejercitan acciones acumuladas, personales y reales, para que se declare que el contrato, por el que el demandado adquirió determinado motor, carece de eficacia y fuerza de obligar frente al demandante, y en su virtud se reconozca el dominio de éste sobre dicho artefacto y se condene al demandado a que lo devuelva y entregue al actor; y se da el caso anómalo de que el propio accionante, que tacha de ineficaz el referido contrato, pretende fundar en una de sus cláusulas, indicadora de sumisión expresa de las partes a los Tribunales de Almería, la competencia ante el que formula su demanda. Mas esta cláusula no puede ser aplicada por referirse sólo al pago y a las cuestiones que surjan del incumplimiento contractual. Descartado el criterio de la sumisión, es de aplicación para decidir la contienda la regla 1.ª del ar-

título 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que, aun cuando la finalidad que en definitiva persiga el actor sea la de recobrar el motor, sirve de base a su demanda la acción personal de ineficacia de dicho contrato frente al actor.

SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1941.—*Artículo 533, número 7, de la ley de Enjuiciamiento civil.*

La demanda se dirigió contra diferentes personas, entre ellas contra el "Instituto Nacional del Cáncer". Citado el director, manifestó que por ser la Liga una entidad oficial, su representación en juicio correspondía a la Abogacía del Estado, la que, en efecto, se personó en la litis: fué admitida como parte y contestó la demanda formulando la excepción del número 7.º, artículo 533, de la ley Procesal civil, y oponiéndose para el evento de desestimación a las pretensiones de los demandantes. La sentencia de segunda instancia, hoy recurrida, desestimó la excepción de referencia, mas declaró no haber lugar a la demanda. Como uno de los actores interpuso recurso de casación, lo hizo también separadamente la Abogacía del Estado, solo y exclusivamente, según manifestó, en cuanto se desestimaba la excepción por ella opuesta: y mantuvo el recurso, aun después de haberse tenido por desistido de él al actor recurrente, al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la ley Procesal civil, sin alegar siquiera errores de hecho o de derecho.

Abstracción hecha de si la cuestión que el recurso propone puede ser discutida mediante un recurso de casación por infracción de ley, problema éste que indirectamente y en sentido afirmativo ha sido resuelto por sentencia de este Tribunal de 6 de julio de 1901, 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, ni podía eludir las consecuencias que fatalmente llevaría la aceptación de su punto de vista, cualquiera que fuesen las reservas hechas en el escrito de interposición, que

hubiesen sido inexorablemente las de reponer los autos al estado en que la falta se cometió, disponer una nueva contestación de la demanda y hacer total abstracción de una sentencia consentida por las demás partes gananciosas y en cierto modo consentida también, en lo esencial, por el mismo recurrente.

Conviene, sin embargo, añadir que tampoco es exacta la posición que en sí mantiene la representación de la entidad demandada; porque, aun cuando en el problema de la distinción entre las personas jurídicas llamadas de Derecho público y de Derecho privado, no se haya llegado, por disparidad de los criterios rectores, a conclusiones que hayan ganado el máximo consenso, y aun en el caso concreto constituye un obstáculo de la técnica del Código civil, que unas veces, como en su artículo 37, usa el término "instituto", condición que conviene a la "Liga contra el Cáncer" y al Centro que condensa sus benéficas actividades, como equivalente al de Carta fundacional; otras lo asimila a la fundación (art. 39) y alguna equipara las expresiones "fundación" y "establecimiento"; lo cierto es que si ambas entidades participan del ejercicio de funciones públicas, según los términos en que está concebido el Decreto de 2 de abril de 1930, que les reconoció carácter oficial, ello ni quiere decir que constituyan organismos estatales ni mucho menos, e importa aclararlo que su patrimonio se confunda con el del Estado; y como ésta es precisamente la razón por lo cual lo mismo las normas anteriores a la ley de Enjuiciamiento civil, a que alude concretamente el número 7.º de su artículo 533, que el Reglamento ordenador del Procedimiento económicoadministrativo, respondieron al propósito de que se subsanase rápida y eficazmente el agravio que el particular reclamase y obedecieron a la idea de arbitrar un especial procedimiento de conciliación, atendida la imposibilidad de transigir intereses y derechos del Estado, es evidente que cuando las consecuencias de la litis no pueden afectar al patrimonio público, no hay para qué recurrir a este trámite, que además de ineficaz sería innecesariamente dilatorio; conclusión a que, en el caso contemplado, lleva a la consideración de que si la "Liga Española contra el Cáncer" es una organización oficial, tal como afirma el art. 1.º del Decreto que la reconoció, ostenta, sin embargo, personalidad para ser sujeto de derechos y obligaciones (art. 2.º): tiene un patrimonio privativo, formado por subvención oficial, pero integrado además por el producto de sus bienes, por los frutos de la propia actividad del Instituto, que es su secuela, y por las donaciones,

cualquiera que sea su procedencia, que reciba (art. 9.º), y puede disponer de él con limitaciones que no son las que condicionan la capacidad de obrar del Estado y la de los organismos que lo integran (artículo 7.º); todo lo que permite concluir que no se está en el caso a que se refiere la ley Procesal, y es por ello desestimable el recurso interpuesto, sin que arguya contradicción con esta tesis el hecho que la Abogacía del Estado haya ostentado en juicio la representación del Instituto demandado, porque esta circunstancia, explicable perfectamente por la misión tutelar, que el Estado se arroga sobre las entidades de esta índole a la que concretamente aluden algunos otros preceptos de la disposición que se interpreta, no trasciende a la resolución del problema discutido, que parte de la indudable autonomía económica de la institución respecto a la Hacienda pública, para deducir sus obligadas consecuencias. Es procedente declarar de cargo de la entidad recurrente el pago de las costas causadas, a que vendría obligada aun siendo un organismo estatal *estricto sensu* por aplicación de la doctrina mantenida por este Tribunal en sus sentencias de 8 y 19 de febrero de 1879 y 2 de marzo de 1907.

SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1941.—*Jurisdicción y Administración.*

No existe en las leyes expresa atribución competencial a la Administración para reclamaciones de la índole de las que han causado el presente litigio, y por ello no ha de estimársele excluido la de la jurisdicción ordinaria, que por serlo ha de ser reputada competente, siempre que no exista precepto contrario, sobre todo en este caso en que se ejercita una acción de naturaleza civil en reclamación de cantidad de dinero por una persona jurídica, cuyo primitivo origen radica de un contrato consignado en la escritura pública, otorgada libremente, entre otros, por la parte demandada. La parte actora es el Sindicato de Riegos del Valle Inferior del Guadalquivir. El hecho de que por una Orden del Ministerio de Obras Públicas posterior a la demanda se concediera a la entidad actora la facultad privilegiada de hacer efectivas las cuotas de sus Sindicatos por la vía de apremio, en nada merma las atribuciones de los Tribunales ordinarios para hacer las declaraciones de derechos pertinentes en la vía contenciosa ordinaria, declaraciones a las cuales habrán de subordinarse en este caso los efectos del procedimiento ejecutivo excepcional que se haya utilizado.

LA REDACCIÓN.



## V A R I A

*La letra de cambio con garantía hipotecaria* (Sentencia del Tribunal de casación de Roma de 31 de julio de 1939, con una nota del profesor Sergio Sotgia, en "Rivista di Dir. Priv."—junio 1941).

La constitución de una hipoteca para garantizar un giro es uno de los problemas que en nuestra patria se han prestado a soluciones contradictorias y que todavía no ha sido planteado con claridad. Con visión aguda, la Comisión que redactó la primitiva Ley hipotecaria había anticipado las dificultades que la materia presentaba, y no quiso sentar los jalones de la reglamentación posible. Poco tiempo después, y al amparo de las disposiciones dictadas para garantizar las emisiones de Obligaciones ferroviarias endosables o al portador, fueron paulatinamente introducidas las hipotecas en garantía de letras, por personas un poco ajenas a la técnica inmobiliaria, especialmente por los directores de las sucursales del Banco de España, que, al verse comprometidos por la situación desesperada de alguna persona acreditada en la provincia, y teniendo plena conciencia de las limitaciones del Banco en orden a la negociación con garantía de fincas, acudían a los Notarios para obtener la garantía de documentos y saldos sin suficiente poder y casi invadiendo el campo del Banco Hipotecario.

Después de la promulgación de la Ley hipotecaria de 1909, los tipos ideados podían agruparse bajo dos rúbricas: 1.<sup>a</sup> Hipoteca propiamente dicha en garantía de una letra determinada que se describía con exactitud, y 2.<sup>a</sup> Hipoteca de máximo para responder de las giradas, endosadas, aceptadas o avaladas que figurasen en la cartera del Banco.

El primer tipo no había sido objeto de estudios especiales, y presenta una serie de dificultades relativas al alcance de la garantía, naturaleza de la deuda asegurada, personas que pueden ejercitar la acción, mecanismo de la cesión, retorno, renovación, etc.

El segundo tipo, de naturaleza radicalmente distinta, no garantiza ni la existencia, ni la exigibilidad, ni el vencimiento, ni el importe del crédito, ni confiere al tomador, endosatario o tenedor la acción hipotecaria. Es una especie de hipoteca de *máximum*, en que la letra juega como elemento determinador de la responsabilidad a favor del Banco de España en el caso examinado.

Entre estos dos polos (hipoteca endosable e hipoteca de *máximum*) se ha desenvuelto irreflexivamente la contratación española, ideando tipos desatinados y oscuros de imposible reglamentación. Se ha llegado hasta crear cédulas hipotecarias, sin referencia directa a créditos determinados, que cubrían con su garantía real a los documentos expedidos a favor del Banco de España, y que mediante el pago de los primeramente asegurados, quedaban libres y podían ser unidos a otros créditos

Por eso tiene para nosotros un indiscutible interés la cuestión debatida por la Casación romana, aunque la diferencia de los sistemas hipotecarios italiano y español no permita obtener aplicaciones inmediatas.

\* \* \*

7

Según la citada sentencia (que decidió un pleito entre la Banca italobritánica y una Cooperativa agraria), por virtud del giro de una cambial hipotecaria, quedan transferidos al endosatario todos los correspondientes derechos hipotecarios, sin que para ello sea necesaria la nota de subrogación en el Registro, porque aun en el caso de que la nota falte, es nula e ineficaz la cancelación del gravamen otorgada por el tomador de la letra a favor de los terceros adquirentes del predio. Para la mejor inteligencia del debate, haremos constar que el artículo 1994 del Código civil italiano de 1865 concedía al cesionario de un crédito la facultad de solicitar se extendiera nota de cesión, prescribiendo que, después de extendida, no pudiera, sin el consentimiento de aquél, cancelarse la suscripción principal.

El razonamiento fundamental para casar la sentencia del inferior es el siguiente: los terceros deben saber que la letra de cambio ha nacido para circular, y según el derecho cambiario, la disponibilidad del crédito y de su garantía sólo puede ser reconocida a quien demuestre que se halla en posesión del título por una serie regular y continua de endosos (V. el art 150, *in fine*, de nuestra L. H.)

El comentarista principia reconociendo que un crédito abstracto puede ser garantizado con prenda, hipoteca o fianza, y en este caso, el derecho de garantía atraído a la órbita cambiaria se presenta en una posición de accesoriedad respecto del crédito, aunque no se haya hecho mención de aquélla en la letra de cambio. Y en su virtud, la transferencia de la misma por endoso provoca la adquisición de la garantía por en endosatario, sin necesidad de que se tome razón en el Registro.

Sin embargo, frente a Vivante, Messineo..., que unen la obligación impersonal cambiaria a una garantía impersonal que madura solamente en las manos del último poseedor, figuran Giorgi, Bianchi, etc., que exigen la nota al margen o al pie de la inscripción, la determinación de las partes indispensables en todo negocio bilateral y algo más que un contrato a favor de terceras personas.

Para el comentarista el problema esencial de la lucha entre las formas hipotecarias de transferencia de la garantía y las cambiarias de cesión ha de ser centrado sobre el sistema principal, amplio y autónomo de la letra de cambio que *objetiviza* el crédito. Y lo mismo cuando este documento contiene mención suficiente de la hipoteca que cuando el derecho real ha nacido en título aparte y ha sido inscrito, constarán en el Registro la naturaleza específica del título hipotecario y los elementos indispensables para hacerlo efectivo. La nota de subrogación o de cesión y la cancelación, en su caso, no podrán extenderse sin presentar el título, y los terceros quedan asegurados. El requisito de la exhibición y las dificultades que por pérdida absoluta o extravío, renovación o amortización se presenten, han de ser disciplinados por la reglamentación cambiaria.

Sin ánimo de tomar parte en la discusión, pondremos de relieve que en nuestro derecho hay que distinguir cuidadosamente el título de constitución (la escritura hipotecaria), del título propiamente ejecutivo (la letra de cambio), y las relaciones entre ambos comprometerán en extremo al Registrador si para mantener el paralelismo no ampliamos el artículo 444 del Código mercantil en una forma acaso inconciliable con la técnica cambiaria. Las letras aseguradas con hipoteca no se distinguen en la práctica de las otras: las renovadas no contienen los elementos de identificación indispensables según la reglamentación hipotecaria; el retorno o regreso plantea problemas que no se reflejan en el documento de giro: el deudor cambiario no es puro y exclusivamente el librado; la cancelación de la hipoteca exigirá, según el artículo 82,

la destrucción irreparable de la misma letra y por eso ha derivado la solución hacia el cauce de las hipotecas de máximo, que no son transmisibles con la letra garantizada y cubren tanto el principal, como los gastos de protesto, timbre, comisión y resaca.

### *El Derecho civil nacionalsocialista y su codificación.*

Nuestros lectores conocen la especial atención que se dedica en esta REVISTA al tema indicado en el título (véase p. ej. REVISTA 1941, págs. 39, 40, 173 a 176, 186 a 192). Algunos recientes trabajos publicados en Alemania exigen una ampliación de nuestros informes.

I. El profesor Hedemann, activo colaborador en la codificación del nuevo Derecho civil nacionalsocialista, acaba de publicar en la Revista *Deutsches Recht* (1941, págs. 1913 y siguientes) un artículo intitulado "Arbeit am Volksgesetzbuch" (Trabajos para el Código popular), el cual a su vez no constituye sino un resumen (véase l. c. p. 1918, nota 14) de un librito sobre el sugestivo tema "Das Volksgesetzbuch der Deutschen" (El Código popular de los alemanes) (Becksche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1941, pág. 53)

1) En el mencionado artículo Hedemann distingue cuatro fases de la historia de la codificación. En la primera fase se abogaba a favor de una adaptación del "Bürgerliches Gesetzbuch", del célebre B. G. B., a las nuevas ideas políticosociales del nacionalsocialismo. La "Akademie für Deutsches Recht" (Academia de Derecho alemán) y el Ministerio de Justicia se encaminaban hacia la indicada meta. La segunda fase se caracteriza por las palabras: "despedida del B. G. B.", que servían de título a una famosa conferencia del subsecretario Schlegelberger, dada en Heidelberg en el principio del año 1937. Se proyectaba una serie de codificaciones parciales, por ejemplo, codificación del Derecho del suelo, del Derecho de familia y de sucesión, etc. La tercera etapa se relaciona con los acontecimientos políticos de la unión de Austria y de los Sudetes a Alemania. Piénsese también en la creación del Protectorado. El ministro del Reich doctor Hans Frank, al inaugurar en mayo de 1939 la "Casa del Derecho alemán", en Munich, exigió un Código popular como codificación total del nuevo Derecho nacionalsocialista. La cuarta fase constituye la prolongación de la tercera y constituye una ampliación de los temas que se tiene

pensado incluir en el nuevo Código popular. Se planea la incorporación de múltiples y variadas materias a este nuevo Cuerpo legal fundamental. Así se menciona el Derecho laboral, el de las empresas, el de las fincas amayorazgadas, etc. El profesor Hedemann contesta finalmente a la cuestión ¿Cuál es la finalidad del Código popular?, de la siguiente manera: "La primera contestación es fácil y poco sustancial: se quiere relevar el B. G. B. de 1896. La segunda contestación posee ya algo más de color: el Código popular no debe dirigirse hacia el pasado, sino conscientemente hacia lo porvenir. La tercera contestación es más plástica, más impresionante todavía: la nueva ley no se limitará a las materias tradicionales del Derecho de familia, de sucesión, de obligaciones y de cosas, sino se extenderá al Derecho laboral, a las empresas, al patrimonio, al Derecho agrario, abarcando también partes del antiguo Derecho mercantil, organizando, por último, todo ello en un nuevo sistema. La cuarta contestación vuelve la espalda totalmente al mundo viejo y aspira, no sólo a infundir el espíritu nacionalsocialista en cada detalle, sino a completar la exposición de la fe nacionalsocialista bajo la forma de una magna obra legislativa popular. La quinta contestación se relaciona con la cuarta y nos remite a las palabras iniciales de este artículo: no se pretende sólo una obra de unión para la Alemania tradicional, como lo era todavía el B. G. B. de 1896 (debilitado además por el particularismo), sino una obra de consolidación y unidad para el nuevo Reich, la gran Alemania. Esta quinta contestación coloca la obra al lado de las empresas más importantes del ejército victorioso y de los actos geniales de la dirección política del Estado" (l. c. p. 1919).

2) El librito, titulado "Das Volksgesetzbuch der Deutschen" (El Código popular de los alemanes), se divide en 15 secciones. 1.ª) Toda revolución repercute en el ordenamiento jurídico, y toda repercusión en el ordenamiento jurídico debe expresarse, en un Estado moderno, en su legislación. El Código popular constituirá este reflejo legislativo de las ideas revolucionarias alemanas. Sin embargo, se limitará a la esfera privada de la familia, del tráfico y de la propiedad. 2.ª) Se proyectan seis libros en el nuevo Código. El primer libro tratará del socio popular ("Volksgenossen") en su aspecto personal, de su honor y de su fuerza de trabajo, de su nombre y de su imagen, de su domicilio, de la incapacitación, etc. El segundo libro reglamenta la familia (matrimonio, relaciones paternofiliales; tutela, etc.). El tercer

libro se ocupa del derecho de sucesión. El cuarto libro está dedicado al contrato; el quinto, a la propiedad; el sexto, al derecho de las asociaciones. 3.<sup>a</sup>) Hedemann recoge de nuevo el tema de las materias especiales, que el Código popular rechazará. Piénsese a título de ejemplo en el Derecho mercantil o el Derecho laboral. No conviene hipotecar la estabilidad del Código popular con la variabilidad de éstas y análogas disciplinas. 4.<sup>a</sup>) La cuarta sección es consagrada al principio del conservadurismo. No se puede echar abajo todo el Derecho civil anterior a la Revolución Nacionalsocialista. Nadie abogará, por ejemplo, a favor de la poligamia, porque ésta produciría al pueblo más hijos que la monogamia. Tampoco se puede suprimir el contrato como un conjunto de oferta y aceptación o el Registro de la Propiedad. Pero a pesar de todo conservadurismo se podrá introducir el nuevo principio de la anteposición del interés común al interés individual y la idea del deber. 5.<sup>a</sup>) El trabajo legislativo no debe cesar durante la guerra. El Código Napoleón se hizo durante guerras continuas. El Código civil austriaco tuvo la misma suerte. 6.<sup>a</sup>) Se ha titubeado respecto a la forma de la codificación. El célebre discurso de Schlegelberger, dado en 1937 en Heidelberg, con el título: "Despedida del B. G. B.", propone cuatro codificaciones aisladas (codificación en cuatro bloques): Derecho de personas (abarcando el Derecho de familia y el de sucesiones); Derecho de asociaciones; Derecho de bienes raíces, y Derecho de contratos. Pero al inaugurarse, en el verano de 1939, la "Casa del Derecho alemán", en Munich, el presidente de la Academia, Frank, invitó a todos los juristas a colaborar en la codificación integral del pueblo alemán. 7.<sup>a</sup>) El lenguaje del legislador debe ser comprensible a cualquier ciudadano, con tal que ello sea posible, sin perjudicar la precisión técnica. Lo importante es que la impresión total del nuevo Código sea asequible al pueblo, aunque no lo sea cada detalle. 8.<sup>a</sup>) El volumen del nuevo Código será lo más pequeño posible. Pero no se puede esperar a llegar a una brevedad extremada. 9.<sup>a</sup>) La Ley comenzará con unas reglas generales, que son más que un preámbulo y menos que una parte general. Dirán, por ejemplo: La Ley suprema es el bien del pueblo alemán; deben conservarse en su pureza y mantenerse la sangre, el honor y la salud hereditaria alemana; los padres están obligados a educar a sus hijos en el espíritu nacionalsocialista, corporal y moralmente para el servicio del pueblo; el Partido y el Estado vigilan el poder paternal y lo completan con sus medios disciplinarios

y educativos. 10) La colaboración de diferentes grupos en una sola ley plantea el problema de evitar contradicciones. 11) Algunas ponencias han sido ya publicadas. Mencionamos "la reforma del aseguramiento del crédito" (1937), cuyo autor es el profesor Lehmann; o las cuatro ponencias sobre el derecho de sucesión, editadas por el profesor Heinrich Lange; o el estudio sobre el Derecho de indemnización, editado por el profesor Nipperdey. 12) El derecho de las personas recibirá una estructura enteramente nueva. Se distinguirá el párvulo, el colegial, el joven socio popular a partir de catorce años, el joven maduro a partir de dieciocho. La mayoría de edad empezará con veinte o con veintiún años. En el derecho de sucesión se limitará el grado de parentesco para la fijación de los herederos legales. El principio del deber arrojará luz sobre todo el derecho de propiedad. Se reglamentará la institución de la "reservatio dominii". Los contratos pueden agruparse con arreglo a cuatro criterios: enajenación de bienes (compra-venta, etcétera), préstamo de bienes en sentido amplio, actividad para otros, dinero y negocios de garantía. 13) El nuevo Código contendrá la cláusula "rebus sic stantibus" y la ayuda judicial en la contratación en numerosos casos. La atenuación de las disposiciones sobre las formalidades de un testamento ológrafo, ya legislada en la Ley del 31 de julio de 1938, se conservará en el nuevo Código. Las secciones 14) y 15) tratan de "Puntos críticos" y de la "impresión general", respectivamente.

II. El profesor Wolfgang Siebert diserta en "Deutsches Recht" (1941, págs. 1.506 y siguientes) acerca de los "resultados y de los proyectos respecto al sistema del derecho patrimonial alemán". Este artículo se basa principalmente sobre un libro de Franz Wieacker, titulado "Zum System des deutschen Vermögensrechts, Erwägungen und Vorschläge" (Acerca del sistema del derecho patrimonial alemán, consideraciones y proposiciones).

Wieacker distingue: 1.º) la persona y su patrimonio; 2.º) la familia y el patrimonio familiar, y 3.º) las asociaciones. Los esfuerzos de Wieacker se concentran sobre el patrimonio de la persona. En este aspecto, Wieacker combate el tradicional distingo entre derecho de cosas y derecho de obligaciones (véase nuestra REVISTA. 1941, págs. 190 a 192): el primero abarca demasiado poco; el segundo, demasiado mucho. Hay que partir de la diferente finalidad del patrimonio que puede o encaminarse hacia la *atribución de bienes a cada persona* ("Ver-

mögenszuordnung"), lo que constituye el significado amplio del verdadero derecho de cosas y hacia el *intercambio de bienes* ("Güterumsatz"), lo que constituye el sentido restringido del verdadero derecho de obligaciones.

Con arreglo a ambos criterios, podemos distinguir un orden patrimonial y un orden contractual. El *orden patrimonial* debe tratar de todos los bienes del ciudadano, sean bienes raíces, bienes muebles, derechos, etc. Esta parte puede dividirse a su vez en dos secciones: 1.ª) una sección general que trata de la capacidad patrimonial, del patrimonio general y especial y de la administración de patrimonios ajenos; 2.ª) una sección especial, consagrada a los diferentes bienes patrimoniales, como fincas, buques, muebles, dinero y otros medios de pago, derechos, etc. La segunda parte, que incluye el *orden contractual*, constará asimismo de diferentes secciones: 1.ª) una sección general sobre contratación, relación contractual, incumplimiento, contratos de tracto sucesivo, cancelación, etc.; 2.ª) la segunda sección tratará del intercambio de prestaciones (compra-venta, mutuo, arrendamiento de muebles, arrendamiento de obra, "negotiorum gestio", etc.); 3.ª) la tercera sección aborda finalmente el camino circular de los bienes (préstamo de dinero, fianza, valores al portador, etc.).

Wieacker propone una parte especial para los delitos civiles, aunque cree factible también su fraccionamiento e incorporación a las dos partes anteriores, atendiendo a los bienes jurídicos lesionados.

LA REDACCIÓN