

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVII

Agosto de 1941

Núm. 159

Unificación del Derecho nacional (*)

VII.—EXTINCIÓN DE LA SUPERFICIE.

Se extingue por:

a) *Destrucción total de la finca.*—La Constitución del Emperador Zenón (41 Cód. de jure emphiteútico, tít. LXVI y IV) es por sí sola incapaz de solucionar cuantos problemas se derivan de la destrucción de la finca, y el criterio del artículo 1.625 del Código civil es tan sólo aceptable con las salvedades y aclaraciones siguientes: habrá de entenderse por destrucción total no sólo la del edificio, sino también la del solar. De otro modo, subsistiendo éste después de la destrucción de aquél, se hallará el superficiario con la posibilidad, que es también obligación, de reedificar, salvo que prefiera dimitir o renunciar su titularidad. Si la finca se halla asegurada, deberá procederse en la forma expuesta al tratar del seguro.

- b) *Dimisión.*
- c) *Fadiga y retracto.*

Quedaron examinados estos supuestos especialmente.

d) *Confusión.*—O reunión en un solo titular del pleno dominio. Además de ocurrir esto en la dimisión, fadiga, retracto, comiso y redención, se originará por título de compra, herencia, etc. No ofrece otra duda posible que la interferencia de titularidades o cargas intermedias, que resolveríamos en la forma expuesta al tratar de la posible inciden-

(*) Véase el número 155 de esta REVISTA.

cia análoga en la fadiga y en la dimisión, criterio que generalizamos a las situaciones análogas en el comiso y en la redención.

e) *Expropiación*.—En términos de derecho, por la expropiación pasa la finca al dominio del expropiante, puramente. Adquiere el pleno dominio y se extinguen las dos titularidades—del estabiliente y del superficiario—en que estaba escindido aquel dominio. Queda en su lugar el precio de la expropiación, a disposición de aquellos dos titulares o estabiliente y superficiario. Se trata de distribuirlo entre ellos, lo cual equivale, nada menos, a valorar cada titularidad en el momento de la expropiación. Para resolver tan interesante problema en un supuesto tipo ideal de superficie, que tratamos de perfilar jurídicamente, nos ha de ser de gran utilidad el examen de su planteamiento y solución en Cataluña. Se origina principalmente con motivo de la Ley de expropiación forzosa de 10 de enero de 1879 y la reforma interior de Barcelona. Según ella, se extinguen las cargas (y, por lo tanto, la superficie o enfiteusis) al expropiarse la finca, y si no hay avenencia en la liquidación de las mismas, se suspende el pago hasta que se dicte sentencia firme. En este punto, pues, ha surgido de hecho el problema de la distribución equitativa del precio de expropiación y en consecuencia el de la valoración de titularidades. Son también datos de su planteamiento los siguientes. a), la sentencia del T. S. de 9 de noviembre de 1898, que dispone que la expropiación devenga laudemio, en oposición a la doctrina catalana, si bien es más justa; y b), que existe una regulación anterior del derecho de amortización, que ya hemos expuesto, y que, indudablemente influye o puede influir en el pensamiento de los que intenten resolver el problema, según veremos.

Con estos datos, el pensamiento catalán se muestra en los siguientes pareceres:

I. Proyecto de la Asociación de Propietarios. Afirma que después de la citada sentencia del T. S. la expropiación devenga laudemio; pero como produce la extinción de todos los derechos en la cosa, el dueño directo ha de ser indemnizado de uno especialísimo (además de los indudables), a saber: "de la pérdida del derecho de laudemio en lo sucesivo". "Esta indemnización, afirma, tiene sus reglas en el derecho positivo, por lo menos reglas de analogía", y con arreglo a su analogía con las "reglas de amortización", propone que lo que debe recibir el dueño, como indemnización por el concepto expresado (o pérdida de laudemios futuros) es una cantidad equivalente al importe de un laudemio.

ya que esta cantidad es la que da por resultado el capitalizar al 3 por 100 la cuota con que por virtud de la amortización habría de aumentarse—en tal caso de amortización—la pensión anual del censo. Por todo ello, deberá percibir: a), el capital del censo (o capitalización de la pensión: b), un laudemio, al que tiene derecho con arreglo a la sentencia expresada y a su condición de dueño directo, y c), otro laudemio, equivalente a los laudemios futuros, según el criterio que se sigue en las reglas de amortización, que ahora aplica por analogía. Diremos de pasada que se advierte sin grandes esfuerzos el círculo vicioso y sofístico del razonamiento.

2. Laudo arbitral, pronunciado por mayoría, de D. Enrique Prat de la Riba, Arbitro dirigente; D. Francisco de Paula Vergés y D. Francisco Carreras Candi, Arbitros nombrados por las Asociaciones de Propietarios, y D. Juan J. Permanyer y D. José María Anglés, por los censualistas, en 1908, y voto particular de los censualistas. Según el mismo, el dueño directo debe percibir: a), la capitalización de la pensión al 3 por 100, y b), como indemnización, "del derecho a percibir laudemios", la capitalización al 3 por 100 de una treintava parte del precio de expropiación que resta después de deducir primeramente el capital de las pensiones y luego del remanente un laudemio.

Voto particular.—Después de aceptar el expresado criterio del Tribunal Supremo y de reconocer la necesidad de indemnizar la pérdida "del derecho a laudemios posteriores", propone a favor del dueño directo: a), la capitalización de la pensión al 3 por 100: b), como indemnización por la extinción del derecho de laudemio, el importe de un laudemio al tipo convenido por los mismos interesados y a falta de pacto especial, calculado a razón de la décima parte sobre la parte del justiprecio que quede, después de deducir del mismo el capital del censo y un 10 por 100 del remanente de tal precio; y c), el laudemio devengado por razón de la expropiación.

Se observa que los criterios anteriores coinciden en una base: en que, además del capital de la pensión, el dueño directo debe percibir una indemnización por la extinción del derecho a percibir laudemios futuros. Y se separan en la determinación del valor de ese supuesto derecho. Pues bien: estimamos errónea la base en que coinciden, por lo cual nos limitaremos a mostrar el error común, sin entrar a examinar el mayor o menor acierto de las diversas soluciones. Hallamos el error en los siguientes razonamientos:

En primer lugar, no comprendemos cómo puede sostenerse el derecho del estabiliente a ser indemnizado de la pérdida del derecho a percibir los laudemios posteriores. En principio, esto tanto quiere decir como que ha de ser indemnizado del perjuicio que sufre por no continuar la figura superficiaria después de la expropiación. Lo mismo podría pedir el superficiario en tal caso. Y no es eso. El perjuicio se provoca por un caso de fuerza mayor legal. Y la Ley no indemniza estos perjuicios. Se limita a tasar la finca y abonar íntegro su valor. Se trata, pues, sencillamente, de distribuirlo equitativamente.

En este camino se sigue nuevamente en el error. Para valorar la titularidad del estabiliente se pretende averiguar el valor económico del laudemio, y para ello se proyecta este valor a los laudemios futuros que tendrá que dejar de percibir. Es éste un error económico. Con el mismo derecho pretendería el superficiario que se valorase su titularidad, no sólo en el presente, sino proyectada en el futuro. Su resultado sería llegar a una suma mayor al precio de expropiación a repartir. Efectivamente: si al estabiliente se le abonan los derechos a laudemios futuros, deberán abonarse al superficiario las ventajas económicas de no pagar mayor renta o pensión que la del precio primitivo del terreno, cualquiera que sea su mayor valor en el futuro. Repitamos ahora: capitalicemos ese valor económico, y el resultado será superior al precio de expropiación. El camino acertado no puede ser más que el siguiente: averiguar, no lo que económicamente vale el laudemio, sino lo que representa y significa en la enfiteusis, para así tener la pauta para señalar la proporcionalidad de los derechos económicos que en la finca correspondan a sus dos titulares en el momento de la expropiación. Y todo se aclara ahora: el laudemio significa un valor futuro. El primer laudemio, el del precio de expropiación, significa el mayor valor que ganó la finca, el mayor valor existente de presente. Pero el segundo laudemio, como todos los laudemios sucesivos y posteriores, significan valores futuros. Son valores *inexistentes* en el momento de la expropiación. Son valores no pagados con el precio de esta expropiación. Son valores que no pueden repartirse, ni menos asignarse al estabiliente, mermándolos de los pagados, por presentes y reales, en la expropiación, pues ello será a costa de los del superficiario a los que se le entregase el remanente.

Esto es tan evidente, que se llega al mismo resultado por todos los puntos desde que se examine la cuestión; v. gr.: a), como al superficiario se le asigna el remanente del precio de expropiación, después de

pagar al estabiliente esa capitalización del valor de los laudemios futuros, resulta evidente que ha sido a su cargo el pago de ese futuro segundo laudemio, y del tercero y de todos los sucesivos. Y preguntamos: ¿Cómo será ello posible ni justo, si esos laudemios sabemos que *nunca le hubieran correspondido pagar a él?* Porque sabemos que esos laudemios se pagan del precio de las ventas sucesivas, y que por tanto, los pagan los sucesivos compradores; *b)*, todo nos dice ahora que si alguien hubiera de pagar ese segundo y posteriores laudemios, sería el expropiante, que se coloca en el lugar de los compradores sucesivos y futuros. Mas ¿cómo se los podremos exigir si paga, en el precio de expropiación, todo el valor presente y real de la finca expropiada?

Podemos concluir sin temor. El error jurídicoeconómico sufrido en aquellos criterios es el siguiente: se pretende justipreciar en el momento de la expropiación, un valor futuro inexistente. Y esto no puede realizarse. El laudemio adelantado con que se pretende justipreciarlo, siguiendo por analogía las reglas de amortización, es injusto, porque no puede hacerse presente un valor futuro. Aquel laudemio futuro, aquel derecho a laudemios futuros, es tan sólo una norma legal de ordenación jurídica de la enfiteusis, que no tiene valor económico de presente y que tampoco lo tendrá en lo futuro, porque la enfiteusis misma queda extinguida mediante la expropiación. Y aquella regla legal, representada y concretada en el laudemio, habrá perdido su fuerza y dejará de existir antes de haber logrado para uno y otro titular valor económico efectivo. A su vez, este fenómeno de extinción, que implica una transformación de derechos particulares y un perjuicio común, se justifica y salva por una causa de utilidad pública. Esto es todo. Ahora bien: además, se percibe otro error, no ya jurídicoeconómico, sino sencillamente matemático. Véámoslo. Para valorar la pérdida por el estabiliente de su derecho a percibir laudemios futuros se tiene tan sólo en cuenta un segundo laudemio, consecuencia de una segunda venta. No es lógico. El derecho del estabiliente no se agota en un segundo laudemio, sino que se extiende al tercero, como a todos los sucesivos. Y esto no queda sustituído con un laudemio adelantado que produzca nuevos y sucesivos laudemios cada treinta años, por acumulación de intereses de ese mismo capital en tal tiempo. No. El valor de presente de todos los laudemios futuros será una fórmula matemática diferente del importe del segundo laudemio. Don Enrique Messa Balanzat y D. Carlos Maristany Benito lo expresan en su estudio *Fórmula matemática*

del valor de los derechos dominicales en los censos enfitéuticos. Dicen: "Se tendrá que entregar al dominio una cantidad que sea equivalente a la suma de los laudemios que, en número indefinido, percibiría en caso de que el dominio persistiese." "La fórmula tiene por objeto hallar una cantidad que, al interés compuesto del 3 por 100, produzca en treinta años la unidad laudemio, más otra cantidad que permita obtener, al cabo de otros treinta años, otra unidad, más esta misma cantidad, y así sucesivamente. Este fenómeno lo produce la fracción decimal 0;700642, de manera que multiplicando esta cifra por el laudemio, nos dará el valor matemático del dominio." Hay un error de una millonésima, que no debe preocuparnos.

Claro está que no nos interesa esta fórmula en este momento, porque rechazamos su aplicación al supuesto de expropiación que examinamos, pero la expresamos porque la aplicaremos, al tratar de la redención.

Nuestra opinión personal resulta de todo lo expuesto: sólo se deberá al estabiliente un laudemio, más la capitalización de la pensión, y resultarán ociosos los cálculos de valoración de los laudemios futuros.

Ahora bien: para calcular aquel laudemio hemos de recordar lo que expusimos al tratar de "cómo se ha de computar", en la sección especial de que antes nos ocupamos. Como vimos allí, el expropiante no rebaja en el precio de expropiación el capital de la pensión, ya que ésta se extingue. Por lo tanto, habrá de hacerse ahora la rebaja si queremos que el laudemio recaiga sobre el mayor valor solamente. Y, por lo tanto, en el caso de expropiación total, del precio de expropiación el estabiliente percibirá el capital de la pensión al tipo señalado al constituirse la superficie, más un laudemio del capital que resta después de la deducción anterior, y de la entrada, si la hubo, percibiendo el resto el superficiario.

Si la expropiación es parcial, en nuestra opinión, el importe de la indemnización debiera distribuirse como sigue: determinaríamos el valor total de la finca en el momento de la expropiación parcial; averiguaríamos la proporcionalidad que en ese valor total correspondería al estabiliente por laudemio y pensiones en una supuesta expropiación total, siguiendo para ello el criterio que antes adoptamos; y en esa misma proporción participaría el estabiliente en el precio de la expropiación parcial, abonándose el resto al superficiario. Subsistiría la superficie sobre la parte de finca restante, rebajándose de la pensión pri-

mitiva la pensión computada al estabiliente en la parte de la indemnización que se le entrega.

Los contados tratadistas catalanes que estudian este problema, pasan por él como sobre ascuas sin dar su opinión. Por otra parte, el T. S., en sentencia de 6 de diciembre de 1899, aplica el art. 1.631 del Código civil, inadecuado a todas luces a la superficie o establecimiento catalán.

f) *Redención*.—En el terreno del Derecho positivo vigente en Cataluña, será discutible si la superficie es redimible o no lo es, si bien nos inclinamos a la negativa (1):

Desde el punto de vista científico, en el terreno de los principios, la discusión versará sobre si debe negarse el derecho de redimir tanto al superficiario como al estabiliente o debe, por el contrario, reconocerse tal derecho, sea a ambos o sea tan sólo al estabiliente o tan sólo al superficiario. Y todas estas opiniones dividen a los tratadistas catalanes, incluyéndolos en uno u otro grupo (2).

Sin embargo, la conciencia jurídica del pueblo, la convicción social, la doctrina igualmente, parecen inclinarse a la redimibilidad en beneficio exclusivo del superficiario. Las ideas que, principalmente, a ello han contribuido son la de considerar como aspiración económico-

(1) Sintetizando, los que opinan que es redimible se fundan en que rige el Código civil en sustitución de la Ley de Señorios de 3 de mayo de 1823. Así lo entienden las sentencias del T. S. de 3 de febrero y 10 de diciembre de 1907. De todas maneras, la redimibilidad es dudosa a tenor del artículo 1.611 del Código civil. La opinión contraria, de irredimibilidad, no sólo de hecho, sino de derecho, se funda en que a la publicación del Código civil eran irredimibles, pues la legalidad vigente no la formaba la Ley de Señoríos expresada, sino la Ley de 20 de agosto de 1873, que dispone su redimibilidad ciertamente, pero que quedó sin vigor por Decreto del Poder ejecutivo de la República.

(2) Defienden la irredimibilidad, doctrinalmente: Pella y Forgas, en una Memoria formulada en 1899 por una Comisión de la que formó parte, de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona; D. Guillermo M. de Brocà, don Raimundo de Abadal, y Pella y Forgas, en dictamen redactado en 1908 por encargo de la citada Academia; D. Felipe María Falguera, en su conferencia 6, "Censos"; Brocà y Amell y Borrrell y Soler, en sus obras respectivas; D. José Selva y Font, en su *Importancia de la enfeusis*; Gallardo, en su *Condición jurídica de la actual enfeusis catalana*; D. José Borrrell y Nicolau, en *La redención forzosa de los censos perpetuos*; Messa y Maristany, en su *Fórmula matemática*.

Defienden la redimibilidad: Almela, Tell y Fontona, en dictamen publicado en *Rev. Jur. de Cat.*, XIV, 161; Ildefonso Par, en su *Redención de la enfeusis catalana*, y Vidal de Goytosolo, en su *La equitativa solución...*, etc., citada.

social la integración del dominio, y la asignación de consideración de dueño al superficiario, limitado por la titularidad del estabiliente, de tipo perpetuo y por ello repulsivo jurídicamente. Sin gran convicción, debemos, no obstante, apuntar las siguientes diferencias de matiz entre las enfitensis censuales rústicas y la superficie urbana: en el censo ordinario, como en la enfeusis sin laudemio, sea rústica o urbana, es tan sólo la pensión lo que trata de obtener el censualista como contraprestación. Puede por ello ser fácilmente sustituída por el capital entregado en la redención, que a su vez producirá intereses equivalentes a la pensión redimida. No experimenta el censualista perjuicio económico alguno con la redención. Por el contrario, en la superficie el pensamiento ha laborado con mayor finura y precisión, partiendo precisamente de la perpetuidad y arbitrando sobre la misma, y a base de las transmisiones sucesivas de la finca, los derechos del estabiliente, que, excediendo de la pensión y su cobro periódico, se centran principalmente en los laudemios, para el logro de una participación en la plus valía, en un sutilísimo juego jurídico. La redimibilidad, en este caso, trunca sus mismas aspiraciones concretamente señaladas y específicamente concebidas en la figura jurídica que supo imaginar. Rechaza y lastima, violentamente, su voluntad. Tal es la diferencia que observamos, que tal vez abogue por su irredimibilidad. Téngase presente, además, que en muchos casos es originada la superficie por la prohibición de enajenar impuesta a las entidades y personas jurídicas, y se acentuará la resistencia a la redimibilidad.

Si se acepta el criterio de redimibilidad, su secuela inmediata será la determinación de la indemnización correspondiente al estabiliente o importe de la redención.

Parece que ello equivale, en definitiva, a la valoración del dominio directo o titularidad del estabiliente. Al tratar de la expropiación se planteó el mismo problema de valoración, y parece lógico que el criterio allí aceptado sirva igualmente ahora. Nada menos cierto, en nuestra opinión. Los criterios de valoración del dominio, de más relieve en Cataluña, son los siguientes:

1. Fórmula del Sr. Gallardo. Con arreglo a ella se determina el valor del dominio en la misma forma que la Hacienda para fijar el capital liquidable en relación al impuesto de Derechos reales.

2. De D. Tomás Carreras y Artáu. Asigna al dominio un valor cuyo capital permita al dueño del censo percibir un laudemio cada

treinta años. Y señala como valor del dominio el importe de un laudemio y quinto, con lo que, en definitiva, no logra lo propuesto.

3. Cámara de Propietarios. Clasifica las fincas en dos tipos, según excedan o no del valor de 75.000 pesetas; si exceden, se capitaliza al 3 por 100 una cuadrigésima parte del valor del laudemio, lo que dará el importe del dominio; si no exceden, se capitaliza al 3 por 100 una trigésima parte del laudemio, que produce un capital que a los treinta años produce otro laudemio.

4. Comité de Defensa Social. Es criterio idéntico al anterior; pero capitaliza al interés legal en lugar de hacerlo al 3 por 100.

5. Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. Sostiene la procedencia de la entrega de un laudemio o de dos, según la finca radique en Barcelona y su huerta y viñedo o fuera de Barcelona.

6. Señor Prat de la Riba. Acepta la opinión de la Cámara de Propietarios, sin la división de fincas con arreglo a su valor, y concretándolo a Barcelona.

7. Fórmula de expropiación de la Asociación de Propietarios de 31 de enero de 1908.

8. Laudo arbitral y voto particular de 1908.

9. Fórmula matemática de los Sres. Messa y Maristany. Quedaron expuestos anteriormente estos últimos criterios.

10. El expuesto por Borrell, nota 4 del tomo II, pág. 384, o capitalización del censo al 3 por 100 y pago de un laudemio y medio al 10 por 100 del precio, deducido el capital de la pensión.

11. Fórmula del Sr. Vidal de Goytosolo. En su tesis doctoral "La equitativa solución del problema de los censos en Cataluña" expone una concepción originalísima: partiendo de la opinión de los censualistas, de la sentencia del T. S. citada, de las de la antigua Audiencia de Cataluña y de uno de los capítulos del Recog. proc., y, por lo tanto, de que "no devenga laudemio la venta necesaria que otorgan los condueños para dividir la finca enfitéutica común", y después de exponer por su cuenta una concepción jurídica de la enfitesis por la que considera esta figura como una comunidad de bienes, aplicando el articulado del Código civil en cuanto hace referencia a la extinción de la comunidad, propone una fórmula en que, transcurridos diez años desde la creación de la enfitesis, se puede dividir la comunidad (o sea extinguir la enfitesis) y señala los derechos del dueño directo como

sigue: a), capital de la pensión al 3 por 100; b), un laudemio equivalente al derecho de devengar laudemios futuros, y c), tantos treintavos del mismo laudemio anterior como años hayan transcurrido desde el último en que se percibió laudemio, hasta el máximo de un segundo laudemio. Queda, pues, limitado el máximo de participación a la capitalización de la pensión, más dos laudemios, equivalentes en Barcelona a un 20 por 100, y fuera de Barcelona al 4 por 100.

Nuestro criterio resultará de las siguientes consideraciones: así como en el caso de expropiación forzosa rechazamos que el dueño directo debiera percibir indemnización alguna por razón de la pérdida o extinción de su derecho a percibir laudemios futuros, sostenemos ahora que, tratándose de la redención voluntaria por el superficiario, debe tener derecho a aquella indemnización. Se fundará para ello en que no se extinguen para él las perspectivas económicas y ventajas de su titularidad por una causa justificada de utilidad pública, sino para un beneficio particular del superficiario. Deberán, por lo tanto, serle compensadas del precio de la finca por el superficiario. Llegada esta conclusión, la valoración es sencilla. Deberá percibir: a), el capital de la pensión al tipo fijado al constituirla; b), un laudemio, puesto que la redención equivale a una enajenación del dominio total de la finca, siquiera lo sea a favor del superficiario. Ahora bien. Por la misma razón que expusimos al tratar de la expropiación, este laudemio se calculará sobre el valor total de la finca, rebajando previamente del mismo el capital de la pensión y el importe de la entrada, si la hubo, y c), el valor de su derecho, que también se extingue, de percibir laudemios futuros. Para la valoración del mismo, rechazamos todo criterio que no sea el expuesto por los Sres. Messa y Maristany en su fórmula matemática. Su fundamento es que el redimiente, al redimir, se propone en realidad adquirir de presente todos los valores futuros, y es justo que los pague, aun cuando no existan.

g) *Venta de la finca en procedimiento ejecutivo ordinario.*—Se vende el dominio puro de la finca, destinándose el precio a la liberación de las cargas, y, por lo tanto, a la extinción de la titularidad del estabiliente. Asignaremos a éste los mismos derechos que en el caso de redención: a), capital de la pensión; b), un laudemio, previa rebaja, del precio de la venta, del capital de la pensión, y de la entrada, si la hubo, y c), el valor matemático de los laudemios futuros.

h) *Comiso.*—El Derecho romano admitía el comiso: a), por

falta de pago de dos pensiones vencidas; *b*), por deterioro grave de la finca por el enfiteuta, y *c*), por su enajenación sin licencia (1).

En Cataluña no subsiste el comiso en ninguno de los tres casos: en el primero, por haber sido sustituido por el pago de doble laudemio, y en los dos restantes, por costumbre contra ley fuera de Barcelona y Gerona, y por privilegio de excepción en estas dos poblaciones (2). Sin embargo, es dudoso actualmente que en la aplicación del Derecho catalán pueda sostenerse el anterior criterio. Ciertamente, en Barcelona, el cap. 27 del Recog. proc. es contundente: aplica la pena del doble laudemio en su sustitución. Son contrarios al comiso igualmente: las Const. 1 y 3 del tít. 31, libr. 4, vol. 1; Usages, 4 y 17, título 27 del mismo libro, y el tít. 29 de las Costumbres de Gerona. Pero, después de la S. del T. S. de 12 de noviembre de 1894 y de la Audiencia de Barcelona de 27 de noviembre de 1899, quedan en la penumbra las siguientes cuestiones: *a*), si está vigente la Ley romana en Cataluña; *b*), si, en este supuesto, tendrá lugar el comiso a tenor de dicha Ley, que no lo exceptúa por falta de pago, o se relajará este principio en beneficio del superficiario a tenor del espíritu de la primera de dichas sentencias, y *c*), si rige como supletorio el Código civil (3).

Haremos constar que el criterio acertado es el catalán de negación del comiso, reforzándolo con las siguientes consideraciones: el comiso implica un despojo. A diferencia del censo rústico, en el que compensa el impago de la pensión, en la superficie lo excede notoriamente, provocando una injusticia. Por otra parte, una pena tan grave sólo podría justificarse por una falta irreparable. En el derecho privado no son concebibles tales faltas sino como consecuencia de defectos de la Ley misma. La pena extraordinaria de comiso se muestra como un remedio heroico, como un signo de impotencia de la Ley, que paladíamente se declara incapaz de hallar otros medios más fáciles para lograr la eficacia de sus preceptos. Los impone por el terror. Lógico será que el contratante monte el comiso como una condición resolutoria para

(1) Leyes 1 y 2, tít. 66, lib. 4, del Código de Justiniano

(2) En Tortosa subsiste el comiso en los casos que expresan las Costumbres 7, 20, 21 y 22, rub. 26, lib. 4, Cos. de Tor.

(3) Caucer y la mayoría de los tratadistas sostienen la inexistencia del comiso. Puede ampliarse este examen en la obra de Pella y Forgas, pág. 353; Danés, *Rev. Jur. de Cat.*, V, 810; Maspons, id., XXVII, 19; Durán y Bas.

asegurar el cumplimiento de las más importantes obligaciones, puesto que no está en su poder crear acciones, medios de defensa, garantías reales, etc. Su impotencia creadora será sustituida en la única forma de que dispone: condición resolutoria y comiso. Pero no serán concebibles esa misma impotencia y esa misma sustitución y comiso en la Ley que dispone de fuerza propia suficiente.

Por ello se debilita el comiso a medida que la Ley provee al cumplimiento de aquellas obligaciones en forma más adecuada, hasta que, perfecta la Ley, desaparece de ella primero y después es prohibido su pacto voluntario, desvaneciéndose así toda manifestación en el derecho positivo. Habrá que encuadrar en este proceso evolutivo el estado actual de Cataluña, para formar un juicio certero. Tal vez las reglas de aviso en las ventas no aparezcan reguladas con la perfección deseada, según vimos al tratar de la firma de dominio y de la fadiga; otro tanto diríamos de las acciones y garantías reales para el cobro del laudemio y de las pensiones; y el deterioro grave de la finca no está regulado, aun cuando sería fácil proveer a dicha salvaguarda de intereses. Pero todas estas deficiencias no justifican el comiso. Y de todas suertes, lograda una Ley nueva, perfecta, la misma inexistencia del comiso en ella patentizará la innecesidad del mismo y su injusticia.

i) *Prescripción.*—En el Derecho positivo, aplicando el *Usage Omnes Causae*, el T. S. ha declarado prescriptible la superficie o establecimiento en Sentencias de 20 de febrero de 1877, 23 de junio de 1886, 19 de febrero de 1907, 23 de noviembre de 1912 y 6 de febrero de 1915, por el transcurso de treinta años. En la doctrina, es general en los tratadistas catalanes sostener su imprescriptibilidad con razones y argumentos ingeniosos muy superiores a los merecimientos del tema defendido. Para nosotros es un modo de extinción justo y necesario de ambas titularidades, por inejercicio de su titular, que implica su tácito abandono o presunción de renuncia. Es necesario para la paz social.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI,

Notario

Nueva teoría de los Impuestos (*)

IMPUESTOS RADICAL O ABSOLUTAMENTE IMPERFECTOS.

Son aquellos que directa o indirectamente gravan la producción o el consumo, porque contrariando la Ley natural económica de la desvalorización, no sólo no desvalorizan, sino que incrementan el "valor de escasez". Y como la producción artificial, que es la terapéutica económica del dolor patológico de la escasez, necesita trabajo y tierra (en sus variadas formas), todo lo que grave al trabajo es antieconómico: todo lo que grave la tierra, y no su "valor de escasez", es contrario a la economía. Por evidente razón, es igualmente antieconómico todo tributo sobre el consumo, porque encarece la vida. Solamente es admisible el impuesto sobre el consumo para cohibirlo mediante el ahorro forzoso, como en Medicina se cohibe la hemorragia de sangre o la perdida de otra energía vital; esto pertenece al remedio heroico de la economía dirigida, dado que el consumo dirige, a su vez, la producción. Esto es más frecuentemente aplicable a la economía externa o internacional, según tengo explicado en Economía Política Fundamental. Porque en economía interna nacional, espontáneamente la iniciativa particular realiza esta función automática. También en lo internacional; pero el abuso individual daña la potencia del Estado, al fomentar la producción extranjera y agotar las divisas nacionales o encarecer las subsistencias que se den en cambio de lo superfluo, mientras que en lo interior nunca lo sufre el Estado ni la sociedad, sino el propio individuo que malgasta y priva al Poder público de reservas impositivas, que en el otro caso pasan sencillamente de mano a mano entre ciudadanos: la cantidad de riqueza nacional no se altera. Para evitar las Aduanas, habría que borrar fronteras: por esto los grandes Estados

(*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

propenden a extender más y más sus límites. Es la tendencia natural a la universalidad, porque después, dentro del territorio, considera iguales a todos los ciudadanos: es la colaboración, pues, lo que busca, no la explotación. Esto último puede ser resultado de los malos principios económicos, que ya acarreaban la "desigualdad" en las metrópolis.

FIN DE LOS IMPUESTOS

Hemos clasificado los impuestos en perfectos, imperfectos económicamente, y radical o absolutamente imperfectos, según acataban los tres postulados que deben regirles, desacataban el segundo o tercer postulado, o radicalmente pugnaban con todos ellos, por contradecir rotundamente al primero, al de la desvalorización (que es el más esencial), por no versar siquiera sobre "valor venal", su base impositiva. Pues bien, los fines que se consiguen con los diversos impuestos demuestran nuevamente el fundamento de la mentada clasificación.

El impuesto perfecto cumple dos fines:

1.º Desgravar económicamente los "espacios vitales", y desamortizarlos jurídicamente, sacándolos del monopolio de lo "privado", para reintegrarlos a la esfera del Derecho Público, dejándolos regidos por la norma del "derecho igual" al uso. Es una finalidad jurídica, representada y cumplida por la técnica del nuevo Derecho Trascendental Inmobiliario.

2.º Constituir la Hacienda pública, proporcionando a la Administración medios económicos materiales para cumplir el fin social de desvalorización del "valor de escasez"; constituye la racional inversión de los recursos públicos por la Administración.

Explanemos un poco más los fines apuntados. Hemos visto en *Nueva economía fundamental* que el impuesto sobre el "valor de escasez" de los espacios vitales económicos era el tercer postulado o principio adjetivo de armonía entre los principios sustantivos de "sagrada propiedad" y el de "derecho igual al uso", que facilitaba la solución de todos los problemas referentes a la tierra, como espacio vital económico (solar, subsuelo, minas, canteras y yacimientos minerales de todas clases, manantiales, saltos de agua, agricultura, montes, pastos, bienes forestales, pesquerías, lugares de caza, etc.), al posibilitar la igualdad al uso, sin perjuicio de los valorés privativos inmobiliarios de

los respectivos propietarios. Esta es, pues, la primera finalidad del impuesto, que llamaremos Renta pública.

El segundo fin, el de proporcionar medios materiales al Estado, es también desvalorizador o desgravador del "valor convencional o de escasez", según hemos examinado suficientemente en Economía política, porque no sólo se emplean en crear, mediante caminos y demás obras públicas, espacios vitales al trabajo (pasando la tierra de la situación de esencialmente útil al estado de real y verdaderamente útil), sino que con esos servicios desgrava los convencional o venalmente valorizados entre los particulares. Así, con el trabajo de las Universidades y demás Centros, mediante la aplicación de esos medios económicos de los impuestos, habrá abundancia de médicos, maestros, arquitectos, ingenieros, artistas y artesanos, científicos, etc., con lo que los servicios de enseñanza, medicina, religión, técnica de edificación, de agricultura, etc., serán asequibles a todas las necesidades. Es la inversión racional de los ingresos públicos, en el ejercicio por el Estado de la segunda manera de economía de abatir los "valores de escasez".

Los impuestos simplemente imperfectos (o menos perfectos) no pueden tener la primera finalidad que hemos explanado, pues aunque recaen sobre valores venales o de escasez, no afectan a "espacios vitales económicos". Solamente, pues, pueden cumplir el segundo fin: desvalorizar por el trabajo "espacios vitales" o desgravar servicios.

Los impuestos absolutamente imperfectos no pueden cumplir ninguno de los dos fines, según veremos al examinar especialmente los monopolios públicos en su aspecto de ingresos rentísticos.

FUENTES DE IMPOSICIÓN

Examinado el mismo objeto particular de la imposición, puede reconocerse también la naturaleza económica o antieconómica de los impuestos.

Los impuestos podrían, de hecho, gravar la misma persona tributaria o las cosas físicas útiles.

Las personas pueden tributar de tres maneras: personalísicamente, en su trabajo posible y en su consumo efectivo. Tanto el tributo personalísimo como los arbitrios sobre los consumos y los impuestos que graven el trabajo a realizar, son absolutamente antieconómicos, porque

encarecen la vida; es decir, van radicalmente contra la ley de la desvalorización económica. Aún más: no se concretan siquiera a gravar un "valor venal o cambial". Gravan directamente a las personas, e indirectamente los servicios que ellas pueden prestar y que acaso no sean productivos en "valor cambial".

Los impuestos que gravan las cosas físicas útiles pueden recaer sobre su "valor en uso" o sobre el "valor venal" que posean. El primer arbitrio, al gravar un "valor en uso" por ser cosa útil o "bien" necesario a la vida del hombre, crea artificial y arbitrariamente un "valor de escasez", razón por la cual también es radicalmente antieconómico. Si estableciésemos un arbitrio sobre el aire o el sol, sería lo mismo que si lo pusiéramos sobre la navegación aérea o marítima. Esos espacios son ilimitados y no puede sobrevenir en ellos "valor de escasez" que haga preciso el cobro de Renta pública. El arbitrio sería un acto violento y nada más.

Volvemos, pues, a observar cómo solamente los impuestos que gravan "valor venal" son más o menos económicos; cómo el que recae sobre el "valor venal" de espacios vitales es perfecto económicamente, y cómo los que gravan a la persona en su facultad de trabajo futuro o no realizado, o su necesario consumo, son total, absoluta o radicalmente imperfectos, porque no es el valor venal su base impositiva directa, y el impuesto tiene que salir de otro trabajo que tenga beneficio o utilidad, que acaso ya esté gravada impositivamente.

RENTA DE MONOPOLIOS

De lo que anteriormente llevamos dicho se deduce que el monopolio no debe ser objeto de renta. El primer postulado que ha de cumplir la naturaleza de los impuestos; y los dos fines de la recaudación, es el cumplimiento de la ley natural económica de la desvalorización. Consiguientemente, en desvalorizar "bienes" y "servicios" se han de invertir, por la Administración, los productos de la Hacienda pública. Pues bien: si a un servicio monopolizado por el Municipio, la provincia o la nación lo recargamos más allá de su costo de producción, arbitraremos una renta que no tiene apoyo en la ciencia de la Economía política, porque el "precio" en que sea fijado su "valor convencional o venal" es determinado unilateralmente por el Estado, exclusivismo

que ocurre siempre en todos los monopolios, sean públicos o privados. Los "precios" en unos y otros monopolios no son declarados por la oferta y demanda libres, sino arbitrariamente por el monopolizador, y acatada la servidumbre del tributo por el usuario, que no lo puede abatir, enervar ni eludir. Por eso la Economía política combate radicalmente todo monopolio privado. Y por esto mismo el monopolio público no puede ir más allá del costo de instalación y entretenimiento de los servicios. Todavía son más funestos los monopolios públicos que los particulares, porque éstos, al fin, solamente son ineludibles e inexpugnables si son verticales. Quiero decir si monopolizan un "espacio vital económico". Y esto es lo que liberaremos con el nuevo Derecho Trascendental Inmobiliario, para poder establecer una nueva Economía espontánea que no sea dirigida sino cuando se halla en pleno patológico, según tengo explicado.

El monopolio público no precisa, como el particular, del resorte económico del espacio vital (el que denominamos vertical por asentarse en la tierra), porque tiene el de la fuerza de las leyes que impiden toda competencia. Es siempre del mismo efecto que los impuestos privados verticales. ¿Qué "precio" se ha de señalar, pues, al servicio monopolizado? No existe regla alguna en Economía. Porque falta el trabajo libre y la oferta y la demanda espontáneas para determinar un precio mercantil.

Se sigue de lo anterior, como ya queda indicado, que el servicio de monopolio no debe estar recargado sino con el costo técnico de su producción. Con el precio del valor real de costo, pero no comercial. Precisamente el fundamento científicoeconómico de su establecimiento debe ser el facilitar un servicio y abaratarlo. Si se le asigna arbitrariamente valor venal, impidiendo la competencia, se falta a la ley desvalorizadora por una entidad (el Estado) que no tiene capacidad para ser industrial ni comerciante, porque no admite competencia cuando desea ganancias industriales. No siendo el Monopolio público objeto de arbitrio, es cuando puede admitir competencia respecto a la perfección del servicio. Y esta particular circunstancia es de absoluta necesidad al progresó. Por ejemplo: las Universidades y demás Centros de instrucción dan gratuita la enseñanza, no industrializan, no debieran industrializar; pero no tienen por qué impedir la competencia de los colegios privados en cuanto a la perfección de la instrucción, porque, en cuanto a lo económico, no es posible la competencia, puesto que el Estado, re-

pito, no la hace fin de industria, o sea objeto de ganancia. Y el uso, aprovechamiento, goce o disfrute del "bien" o del "servicio público" es igual para todos, pobres o ricos, salvo la retribución del coste técnico del lujo o la condonación caritativa del servicio normal al pobre, fundada aquélla en la justicia; y ésta en la equidad y principio de solidaridad humana, y también que, por esa razón de solidaridad de los fines sociales, es conveniente al rico educar e ilustrar al pobre.

Y la industria privada tendrá que fundarse y apoyarse en la mayor perfección. Del mismo modo podría argumentarse con el servicio médico o con cualquiera otro: irá al hospital el que no quiera o pueda instalarse en un sanatorio; concurrirá a la escuela pública el que no pueda o no quiera tener maestros particulares; a los Tribunales civiles, los que no se entiendan en la transacción, amigable composición o el arbitraje, etc. Y esta gratuitad y libertad de elección no es obstáculo para aspirar a que las Universidades y escuelas públicas sean modelos insuperables de enseñanza; los hospitalares, sanatorios inigualables; las comunicaciones y correos, medios que excusen todo trabajo de sustitución. Por el contrario, tal emulación favorece al progreso.

En resumen: el Monopolio es función de la Administración pública para facilitar y desvalorizar servicios. ¡Es una aberración jurídico-económica hacerlos objeto de renta! Ellos pudieran ser el camino científico de una comunicación factible de hecho parcialmente, al extender a todos la utilidad de esos servicios, pero sin evitar ni estorbar el control, siempre posible, de la competencia privada, para la perfección de los mismos. ¿Podría calcularse lo que para el progreso representaría una instrucción gratuita y modelo, un servicio sanitario gratuito y perfecto y unas comunicaciones y transportes casi gratuitos, así como un suministro casi gratuito de agua, luz o energía eléctrica? ¿Lo que eso facilitará el trabajo agrícola, industrial y de comercio cuando la cuestión de los "espacios vitales económicos" esté resuelta por el Derecho Trascendental Inmobiliario? Pues lo mismo sucederá en todos los servicios que la iniciativa particular sea incapaz de facilitar, o la cooperación del Estado sea capaz de mejorar o, por lo menos, estimular con sus modelos a que sean superados.

ADOLFO GARCÍA GONZÁLEZ.

De la Carrera judicial.

La disciplina de las inmisiones en el nuevo Código civil italiano

I. Faltando, como es sabido, en el Código de 1865 una norma que cumplidamente regule el instituto de la *inmissio in alienum*, el punto ha sido trabajado por la jurisprudencia sobre la base, quizás inadecuada, de la disposición del art. 574 (parecido al art. 590 de nuestro Código civil). Y los resultados de esta elaboración jurisprudencial pueden resumirse del siguiente modo: el que ejerce una industria es, sin duda, elemento importante de la economía nacional, pero las necesidades inherentes al funcionamiento y al mayor impulso de la misma industria deben conciliarse con las opuestas exigencias de la propiedad privada, porque el ordenamiento jurídico no consiente que una determinada forma de actividad económica, sólo porque aparezca coordinada a un interés social, goce de tan singular régimen que pueda impunemente suprimir o menguar los derechos fundamentales de los particulares.

Así, la Sala de Casación, en 10 de agosto de 1934, y las Secciones unidas del mismo Tribunal, en sentencia de 14 de diciembre de 1939, han remachado el concepto, explicando que en la hipótesis de inmisión el Juez debe realizar una compleja indagación. Ante todo debe acreditar si se halla justificada por una *pubblica utilitas*, y esto en el sentido de que si no existiese ninguna utilidad social, en cuyo supuesto el ejercicio de cualquier derecho individual debe siempre ser armonizado con el interés común, no se puede obligar al vecino a soportar los daños relativos, aunque el autor de la inmisión esté dispuesto a pagarlos. En segundo lugar, añade la sentencia, el Magistrado debe acreditar si los efectos nocivos de la inmisión pueden, a juicio de los técnicos, ser eliminados con la adopción de un perfeccionamiento industrial o

de una nueva invención, o con la ejecución de obras ulteriores o la adopción de especiales medidas de precaución.

El interés público de la industria, con otras palabras, no elimina la obligación de poner en obra todos los planes y prevenciones para evitar el daño, así como no elimina la obligación de resarcir los daños que hubieran sido ocasionados al vecino. Es la clásica enseñanza de Bonfante, que une la licitud de la inmisión al concepto de la expropiación por utilidad pública y que explícitamente declara: "El interés público que justifica esta inclinación ante la necesidad general, no exige que se haga sin indemnización, como no quedan sin ella las mismas requisas militares impuestas en tiempo de guerra."

"Debe, en fin—añade la sentencia últimamente recordada—, tener lugar una tercera indagación dirigida precisamente a poner de relieve si el daño es o no tolerable, conciliando los intereses privados con las imprescindibles y no suprimibles exigencias de la industria y de la producción. Los daños tolerables son aquellos que, o por su liviana entidad o porque se hallan compensados por otras ventajas que la misma inmisión lleve consigo, no deben ser resarcidos en ninguna medida. Por el contrario, los intolerables deben ser resarcidos equitativamente, según la apreciación de peritos, porque no puede imponerse a los particulares un sacrificio cualquiera, aunque sea en interés social, sin alguna compensación."

Estas últimas palabras sirven para demostrar que (prescindiendo de la hipótesis de daños sólo en apariencia resarcibles como los compensados por las ventajas de la inmisión) la distinción de daños tolerables y no tolerables es para la casación más formal que sustancial.

.. Todos los daños en realidad son resarcibles, fuera de las perturbaciones y daños que, siendo normal y consuetudinariamente soportados, no pueden considerarse verdaderas perturbaciones o verdaderos daños y no deprecian el predio sirviente:

.. De aquí que se haya observado justamente que, aun en este punto, la máxima de la Corte suprema armonice con el principio fundamental según el cual el autor del daño lo debe resarcir íntegramente.

II. Nos hemos entretenido en la exposición de la elaboración jurisprudencial en materia de inmisiones, porque en ella se inspira sustancialmente la disciplina que al instituto impone el art. 35 del nuevo libro de la propiedad: "El propietario de un fundo—dice tal norma—no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las emanaciones,

ruidos, sacudidas y otras propagaciones análogas derivadas del fondo vecino, si no superan la tolerancia normal, habida cuenta de las condiciones de los lugares. En la aplicación de esta norma, la autoridad judicial debe conciliar las exigencias de la producción con las *acciones* del propietario. Podrá tener en cuenta la prioridad de un uso determinado."

Verdad es que el precepto transscrito no declara explícitamente la necesidad de la doble investigación preventiva sobre la utilidad de la inmisión y sobre la posibilidad de eliminarla mediante la adopción de dispositivos técnicos adecuados; pero uno y otro principio van implícitos en la disposición del párrafo último, que impone a la autoridad judicial la conciliación de las exigencias de la producción con las *acciones* correspondientes a la propiedad. Al establecer la posibilidad de tal contemplamiento, la Ley ha codificado implícitamente el principio de respeto absoluto a la propiedad en todos los casos en que no aparezca la oportunidad de la conciliación.

Más explícita es, por otra parte, la contraposición entre daños tolerables y no tolerables, la cual viene establecida con referencia al criterio de la normalidad de los mismos daños y en atención también a la situación de los lugares. El segundo punto no requiere una ilustración particular, por resultar claro que la peculiaridad de las condiciones locales constituye un elemento cuyo examen no puede olvidarse en la compleja indagación. Apenas es necesario recordar que, aun bajo el imperio del viejo Código, la jurisprudencia ha estado siempre de acuerdo en resolver con relación a la misma situación los casos expuestos (téngase presente, entre otros, el diverso trato concedido a los establecimientos que se encuentran en campo abierto, en una zona industrial, etcétera).

Respecto al primer punto, podría acaso dudarse si el nuevo Código ha acogido *in toto* la enseñanza jurisprudencial. Mantenemos la afirmativa, sea por la referencia a la *normal* tolerabilidad, sea en relación a la disposición contenida en el párrafo final.

III. Esta última norma contiene, además de la disposición expresa, una serie de disposiciones implícitas de gran importancia.

La primera de éstas es que los daños consiguientes a la inmisión deben ser resarcidos *in toto*, tanto si exceden la tolerancia normal cuanto si son de entidad mínima. De otro modo no se tendría una conciliación armónica entre las exigencias de la producción y las *pretensiones*

de la propiedad, sino una prevalencia de aquéllas sobre éstas. Otra consecuencia, también conforme con las tradiciones de la jurisprudencia, es que el resarcimiento del daño se debe independientemente de los resultados obtenidos en la indagación sobre la culpabilidad de la conducta o comportamiento del industrial.

La tercera es que, cuando los daños pudieran en verdad ser eliminados con la adopción de instalaciones técnicas, pero haya una excesiva desproporción entre el costo de las mismas y el volumen de los daños causados, el Magistrado podrá disponer que la inmisión sea soportada y que los derechos del propietario del fundo, en cierto modo sirviente, sean acallados con el resarcimiento de los daños.

IV. El criterio de la prioridad en el uso se justifica con la razón obvia de que, quien ha creído oportuno construir en la contigüidad de un establecimiento en marcha, sabe, o debe saber, cómo funciona y las perturbaciones que produce, y, por lo tanto, no podrá después pretender que se hagan cesar tales perturbaciones, sino que deberá contentarse con el resarcimiento de los daños en razón al postulado de la armónica coexistencia de derechos. Por el contrario, si el establecimiento se construye después, es evidente que el industrial se encuentra frente a los derechos adquiridos por los propietarios de los fundos adyacentes.

V. Presenta particular interés la hipótesis, recientemente decidida por el Tribunal de Bolonia (8 de abril de 1941), en la que, quien se quejaba del daño, era el mismo vendedor del terreno sobre el cual se había construido el establecimiento causante de las inmisiones.

Creemos que esta circunstancia no sea suficiente para dispensar al industrial de adoptar en la construcción del establecimiento los medios técnicos necesarios a fin de eliminar la inmisión, y que no implique una renuncia preventiva del vendedor a la reclamación del resarcimiento de daños derivados de la inmisión: en verdad, cuando alguno vende el propio terreno para la construcción de un establecimiento, cuenta razonablemente con que éste será construido y funcionará según arte, y que su titular respetará los derechos ajenos empleando todos los dispositivos adecuados para evitar inmisiones dañosas.

Por esta consideración, la circunstancia apuntada no puede ni aun conducir a una rigurosa aplicación de los principios vigentes en la materia y a requerir, para la resarcibilidad de los daños, que éstos se concreten en disminuciones o deterioros de carácter verdaderamente excepcional, como lo ha entendido la Sentencia aludida del Tribunal de Bo-

lonia: tal consecuencia, según ha puesto de relieve Gliozzi al anotar críticamente la decisión, estaría en abierta contradicción con los principios vigentes en la materia que la misma Sentencia ha puesto como base de sus argumentos; y añadimos que también estaría en pugna con el sistema codificado en el art. 35 del nuevo Código.

VI. Cuanto se ha dicho en los dos últimos párrafos debe, sin embargo, entenderse con la limitación que deriva de la amplitud de los poderes que la Ley confiere al Magistrado, puesto que no puede olvidarse que, en vista de las particulares circunstancias del caso, puede aquél ordenar el mantenimiento de la inmisión y convertir los derechos del vecino en resarcimiento del daño.

PROF. ALBERTO MONTEL
Avvocato in Torino

El Derecho leonés en la Edad Media

I

INSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA CRISTIANA. LA VIDA MEDIEVAL

Nace la Monarquía cristiana espontáneamente a impulsos de un espíritu o instinto connatural de defensa, que obliga a aquellas gentes prósperas a replegarse, unidas en fraternal asociación, en los más abruptos rincones de sus pequeños Estados. Fuera, en las estribaciones del Auseba, en lugares próximos a León, o en las cercanías de Llanes, que no importa ello a nuestro propósito, es lo cierto que la simple organización de la que habrían de desprenderse todos los resortes de la complicada máquina del moderno Estado surge, obedeciendo a una explosión amplia unánime de sentimientos, creencias y tradiciones, vinculadas a ideales comunes, que presta base a un edificio sólido e incombustible a las asechanzas de enemigo tan poderoso y superior en intelectualidad como formidable en pujanza material.

¡Digna de estudio, tanto la manifestación primitiva de este esfuerzo, que llega a consolidar un Estado elevado sobre cimentación tan débil, cuanto el progresivo desarrollo de instituciones procreadas a la sombra de un lejano ideal vivificado con la esperanza de un triunfo que la constancia garantiza!

La consideración de ese hecho capitalísimo, que orienta y traza la línea hacia la cual convergen inclinaciones concretas, aspiraciones análogas de aquella comunidad espiritual, ligada por vínculos de estrecha unión que mantiene vivas aspiraciones apoyadas en el baluarte de un envidiable optimismo, admira y seduce con la atracción que causan los magnos sucesos y maravillosas hazañas.

Nótase, a través de influencias extrañas que intentan borrar las características de la primitiva organización, el espíritu democrático de

aquella embrionaria Monarquía. Nobles y vasallos, fusionados en uniforme compenetración, mezclados, confundidos al impulso de un afán legítimo, súmanse en afectuosa cordialidad, germinada en ferviente deseo de soberana independencia. Claro está que, a medida que consigue afianzarse el principio de autoridad, van cobijándose bajo el manto protector de los monarcas elementos que más tarde habrían de servir de garantía al Trono: el clero y la nobleza. Muy reciente aún el esplendor de la Monarquía visigótica, y vivos los restos de su tradicional poderío, bien pronto, merced a la acción del tiempo, a la ignorancia del pueblo y al sagaz instinto de los poderosos, rescatan su influjo y valimiento, mermando facultades a la Corona y manumitiéndose de la autoridad que el rey pretende oponer a su desmedida ambición, elementos que, ante el temor del derrumbamiento total de su pujanza, hubieron de tolerar eventualmente la máscara hipócrita de la sumisión, que oculataba su sórdida avaricia y su insaciable ansia de imperio.

Que el espíritu del monarca fué opuesto en un principio a ceder facultades consideradas como esenciales a la soberanía, indicanlo hechos incontrovertibles. No ya solamente la franca inclinación a apoyar los atributos del Poder en la voluntad de los vasallos, sino la tendencia a quebrantar regalías anejas a la categoría social representada por los condes y magnates de la vieja y destronada Monarquía visigoda. La libertad otorgada a los esclavos, vasallos y grupos de las antiguas levas tiene su consecuencia en el inesperado levantamiento de esta clase social, efectuado en tiempos del rey Aurelio. Las franquicias ilimitadas de que en anteriores años gozaron produjeron los naturales resultados: reaccionar las clases acomodadas y aherrojarlas de nuevo al yugo a que constantemente se las sometiera. Deserciones surgidas en el campo cristiano durante las luchas con los vascones, a cuyas filas sumáronse nobles un día subordinados a la autoridad de los monarcas asturianos, marcan bien definidamente las tendencias de la Corona hacia una organización de carácter esencialmente popular, con el que no se avenían bien los magnates y clases burguesas.

De otra parte, determinados castigos inferidos a personas de alguna categoría social ratifican tan acertados propósitos. Si en posteriores lustros el conde, al ser desterrado, obliga al rey a justificar las causas del extrañamiento, no sucedió lo mismo en los primeros años de la Monarquía asturiana. Muy al contrario: el monarca procura atraerse al clero, a la nobleza y al pueblo; pero efectúalo con prudentes y discre-

tas medidas, no tolerando la más insignificante manifestación de valimiento o merma del poder soberano.

Las primitivas donaciones practicáanse sin distingos ni razón de jerarquías, bien al noble, a los eclesiásticos o al pueblo, privando a unos y a otros de los derechos anejos a la concesión apenas se inicia un germen de poder personal o intervención extraña a la Corona. Ejemplo indubitable ofrécenlo diversas escrituras, testamentos y donaciones que transcribiremos en este trabajo.

Aún sucede algo más elocuente: si el rey recibe por graciosa donación algún pueblo, villa, tierra, foro o pensión, tiende a vincularla en la familia con preferencia. Así procedió el rey Alfonso, que entrega a sus padres Bermudo y Elvira lo que graciosamente le donó Sampiro (varios pueblos en la ribera del Orbigo y el monasterio de San Miguel). En multitud de ocasiones el monarca priva de sus derechos a la nobleza y castiga a los condes por su soberbia, desterrándoles de su territorio, y aun del reino, sin que sean tan frecuentes análogos actos de rigor para con el pueblo.

Cierto que a la sombra de la nobleza brotaban las raíces sobre cuyo tronco habría de descansar la Monarquía, y cierto también que por muy poderosos que fuesen los elementos que sirvieran de base al Trono, para no vacilar, necesariamente ha de apoyarse en las columnas que más firme sostén le ofrecen. Y como el pueblo en aquellas épocas apenas tenía conciencia del papel que habría de jugar en la Historia, la Monarquía inclínase al fin al lado de los que más sólida garantía le prestan.

Ya en el año 916 (por lo que a la provincia afecta), el rey Ordoño despréndese de sus realengas de León, que cede al altar de la ciudad, pues no deja de ser digno de anotarse que en las primeras tentativas de adquisición de derechos anejos a la Corona, en lo referente al clero, y sin duda para alejar del ánimo del monarca la más leve sospecha, disimúlase la cesión con la oferta al altar, a la Iglesia o al Santo, nunca al obispo, forma que más tarde revisten todas las donaciones.

En la que venimos comentando cédense por el rey al sacrosanto altar de León las realengas de Calzada, Villamarco, Castroterra y otras.

A medida que acrecienta su influencia la nobleza, merma el poder real y ocúltase la sombra de preponderancia, que, no obstante, logra en época posterior resurgir merced a la relación, jamás quebrantada, de todos los elementos del reino.

II

LA TIERRA. LAS CLASES SOCIALES

El concepto que se asigna al territorio del Estado cristiano de aodial o patrimonial parece indicar también deliberado propósito de no tolerar extrañas influencias; pero la distribución posterior, que fermenta al influjo de magnates y clero, destruye los plausibles deseos del Monarca. La nobleza arrebata paulatinamente derechos al Trono y exige en premio de servicios extraordinarios por guerra, o en virtud de derecho de ocupación, tierras y lugares, que se le ceden con el deber de poblarlos o de reclutar en ellos gentes para la lucha.

Que los monarcas percatáronse de su misión desde el momento que surgió el pequeño Estado cristiano, compruébanlo las manifestaciones apuntadas, y evidentemente entre el monarca absoluto, señor y dueño de tierras y vasallos, en aquellas épocas de ignorancia y lucha, y un rey sujeto a la ambiciosa y miserable política de nobles y palaciegos, no cabe opción.

Pero no logra perdurar el sistema cuando la tranquilidad vuelve al reino, y adquiere consistencia y afírmase la influencia y poderío de elementos extraños a la soberanía del Trono. El concepto cambia en un instante y las tendencias contrarias a una, si no absoluta, aproximada, igualdad de clases, germinaron al amparo del especial carácter que el Rey, como jefe y caudillo, habría de ostentar:

Las luchas constantes, las preocupaciones continuas que entretienen al monarca forzosamente le invitan a compartir el poder real con elementos que le sirven de apoyo: mas no ha de juzgarse por ello que el rey confiara en todo sus privativas facultades a los elementos que, como consejeros de la Corona, comenzaban a manifestarse. Continúa conservando largo tiempo determinados derechos que, sin ser privativos de su soberanía, procura reservar en beneficio del Trono; pero el momento de manumitir regalías va aproximándose. Alonso el Magno, al apoderarse en sus correrías por León, Zamora, Salamanca, etc., de pueblos, campos y villas, cédelas a nobles o iglesias, según propia conveniencia o necesidades del Tesoro. Claro está que, a impulso de nuevas conquistas, la condición de la propiedad transfórmase, y los favorecidos por la merced real protestan del despojo o procuran consolidar sus pertenencias.

cias con el carácter genuino y peculiar que el dominio adquiere. De omitir la cualidad que a la propiedad se asigna nacen aquellas luchas encarnadas y odiosas entre nobles, vasallos, clero y pueblo, que tanto se repiten durante todo el período medieval.

* * *

Hasta la época del tercer Alfonso, y salvando algunos intentos de reconquista en el reinado del Católico, nada sabemos de la suerte que corrió la provincia Leonesa; ni aun imprecisamente ha procurado dibujarse la organización de las gentes del reino, cabeza más tarde de la Monarquía.

De ser ciertas las incursiones del lugarteniente de Abdelaziz por el territorio legionense—que ocupa, según aseguran, hasta la época de Alfonso III—, es de presumir que los moradores de la provincia huyeran a refugiarse con los demás proscritos. Sea de ello lo que quiera, parece incuestionable que en León no perduró la media luna, pues ya hacia 792 hállase en su mayoría libre la tierra de enemigos.

En este supuesto, y aun concediendo visos de verosimilitud a la afirmación, completamente gratuita e indocumentada, de que los leoneses huyeron, desalojando villas y pueblos, no es admisible que todo el territorio fuera inopinadamente abandonado. Lo indudablemente cierto es que en el año 842 el obispo Novidio recurre al rey Ramiro, demandando el reconocimiento de sus derechos a los pueblos de la diócesis Astorgana, prueba irrecusable de que la tranquilidad no se había alterado seriamente en la región. Incuestionable que los habitantes de algunos lugares afectados por la invasión emigraron a las montañas de Bierzo y Cabrera; sirve de ejecutoria a este hecho el requerimiento efectuado por el mismo prelado al conde Gatón, a quien llama el obispo “para que baje con sus gentes a poblar Astorga”.

Al repoblarse villas y lugares e iniciarse los primeros gémenes de relación social, aparecen instituciones que logran caracterizar después bien definitivamente. El monarca procura desenvolver en más amplios horizontes sus prerrogativas, y se acoge para sus determinaciones a la deliberación de Consejos palatinos, Tribunales populares y Jurados de carácter mixto, que le asesoran en sus juicios. Para dar solución a la demanda interpuesta por el citado obispo, el rey convoca a una reunión de prelados, religiosos y hombres bien nacidos, que dictarían laudo en el asunto propuesto por Novidio. Véase en este Tribunal una primitiva

manifestación de lo que más tarde habrían de ser las Cortes castellanas.

Indisco, prelado asturicense, sostuvo contienda sobre la propiedad de una villa que trataban de arrebatarle Baroncello y los hijos de Cate-lino. Recurre el prelado al rey en demanda de justicia, y el monarca apresúrase a consultar su Consejo, ante el que presentaron prueba los contendientes. Por cierto que Indisco llevó buen bagaje de testigos: pasaban de cincuenta. Este prelado no ejerce realmente su apostólico ministerio de manera muy ejemplar. Efecto de las consecuencias naturales a una invasión de tan señalada importancia, y como resultado del desconcierto que la paz en las tierras reconquistadas imponía, cada parte procura aprovecharse del botín de guerra, sin otra ley ni justicia que su capricho. Ya preveían que el más fuerte o el más osado a la larga obtendría valimiento y preponderancia cerca del rey. Por esto intentaron nobles, eclesiásticos y pueblo adelantarse a gozar derechos y franquicias y a ensanchar sus dominios de cualquier forma y bajo el más fútil pretexto. Un prelado astorgano, convencido de la trascendencia que podría tener la posesión de un monasterio para la Sede, púsose de acuerdo con ciertos monjes del Bierzo y añadió a su mitra monasterio, frailes y rentas. Otra villa de que era propietario en el territorio de Asturias céde-sela a su hermano gratuitamente, y éste, a su vez, la enajena a Alfon-so III por una cota de malla, un freno y otros aparejos.

Ventas calificadas de tales y con carácter de permuto bien definida, repítense con frecuencia. Y no deja de ser curioso que los prelados pusiieran todo interés en reunir el mayor número de cabezas de ganado mular. Tiene explicación este empeño. Las tierras propiedad de la dió-cesis eran vastas, y como, por las atenciones de la guerra, escasearían los ganados, de aquí la insistencia en reunir las parejas necesarias para cul-tivo de los campos y fincas del patrimonio de la Sede. Existen disposi-ciones en época posterior, emanadas de los obispos, por las que, si no como obligación ineludible, establecense como deber inexcusable el de legar a los canónigos la mejor acémila para la mitra. Solían, ademá-s, reservarle las copas de plata y los aparejos del ganado. Los particulares hacen objeto al prelado de análoga cesión. Fernando Peláez y su mujer Orfresa ofrecen a la catedral la hacienda que poseían en Villa-mediana; exigen a cambio sepultura en la iglesia de la villa, por lo que, esperándolo así, regalaron al prelado su acémila y copa, y la cama, con sus alhajas, al Cabildo de Astorga.

M. FERNÁNDEZ NÚÑEZ.

La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria (*)

FUENTES LEGALES (Continuación.)

2.—Sus caracteres.—A) Naturaleza procesal.—B) Absolutas y dispositivas.

2. Conocemos ya, por tanto, las *fuentes legales* de la específica ejecución procesal en la materia hipotecaria (1). Veamos ahora cuál es el carácter y las notas esenciales que a tales fuentes han de atribuirse.

La determinación de estas notas y de este carácter no constituye, como a primera vista se pudiera creer, un punto de mera especulación, ajeno en absoluto a la trascendencia práctica de las normas que tratan de analizarse. Por el contrario, un examen más detenido del tema pone de relieve de qué manera los resultados de la investigación pueden prejuzgar un gran número de soluciones concretas cuya solución es de un interés indudable.

Por esta razón indicaremos las notas específicas que concurren en las normas enunciadas refiriéndonos a su naturaleza *procesal*, a su carácter *absoluto* o *dispositivo* y al problema de su *retroactividad* (2).

(*) Véase el número anterior.

(1) El resto de fuentes que no consisten exclusivamente en la ley (costumbre, jurisprudencia, etc.), y que pueden referirse a nuestro problema, no plantean en términos generales una cuestión relacionada con este caso concreto, de que debamos ocuparnos.

(2) Propiamente, el problema de la *retroactividad* no debía configurarse como carácter de los preceptos analizados, sino como uno de los límites de su vigencia, en lo que coincide la doctrina del derecho procesal: Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 1929 (2.ª edición), pág. 15; Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, 1936 (versión española), pág. 35; Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, pág. 139 de la deficiente versión española, etc. El hecho de que no tengamos ahora que estudiar los otros límites de aplicación (en el espacio) nos ha inducido a incluir el tema en el presente apartado.

A) No es dudoso que los arts. 129 a 135 de la Ley Hipotecaria y aquellos que les sirven de complemento y desarrollo en la misma ley y en su Reglamento tienen una evidente naturaleza *procesal*. Cualquiera que sea el criterio que sirva para definir los fenómenos pertenecientes a este orden, parece innegable que tal criterio habrá de aplicarse igualmente al procedimiento judicial para la efectividad de los créditos hipotecarios. Y si pensamos, con la doctrina que puede considerarse todavía como dominante, que la norma procesal tiene por misión regular la actividad que se dirige a la actuación de la ley por los órganos de la jurisdicción ordinaria (1), veremos que también en este caso los artículos estudiados encajan en dicha noción, puesto que, en efecto, ellos se refieren a una serie de actos que tienden a actuar el derecho objetivo (en general, la norma que establece la sujeción de los bienes hipotecados a la obligación que se trata de garantizar, artículos 1.876 del Código civil y 105 de la Ley Hipotecaria), mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria (el Juez de primera instancia, regla 1.^a del art. 131).

Sin embargo, y pese a este evidente carácter procesal, no es ocioso hacer ahora una manifestación expresa en tal sentido por la posible confusión que en este punto pudieran provocar dos distintas circunstancias cuya significación conviene poner de relieve.

En primer lugar, el hecho de que los preceptos que ahora se estudian formen parte de una Ley de carácter *material* o *substantivo* pudiera hacer pensar erróneamente que a ellos había de atribuirseles una naturaleza análoga. No hará falta insistir, no obstante, en que la colocación de una norma jurídica dentro del total ordenamiento positivo no es criterio suficiente para resolver el problema de su carácter: en efecto (2), dentro del Código civil o del Código de Comercio españoles, podríamos señalar numerosos preceptos de innegable índole procesal que están, sin embargo, encuadrados en aquellos cuerpos legales. La ordenación procesal de la ejecución que analizamos se contiene en el texto de la Ley Hipotecaria por simples razones circunstanciales: la de ser el procedimiento regulado en la ley de Enjuiciamiento civil excesivamente dilatado y propenso a que se promuevan incidentes en per-

(1) Aunque este concepto sea en realidad insuficiente para definir la institución, problema en cuyo análisis, como es lógico, no pretendemos entrar ahora.

(2) En este sentido, aplicando la solución al problema de la distinción entre "vía judicial" y "administrativa", Rosenberg, ob. cit., pág. 25.

juicio de la rápida satisfacción del acreedor ejecutante (1) y la mayor facilidad que hubo para reformar los artículos de la Ley Hipotecaria y no los del régimen procesal común, dada la existencia de un precedente en la materia—el de la ley de Ultramar—y dados además otros motivos de oportunidad general en cuyo examen no hemos de entrar ahora.

Por otra parte, cabría preguntarse si las normas legales que regulan la *ejecución* deben considerarse como *procesales* o si más bien entre ambas instituciones no hay que establecer una separación que asigne a cada una zonas de actividad absolutamente distintas. Esta cuestión, que desde el punto de vista de nuestro derecho positivo no ofrece duda alguna, supuesto que los actos dirigidos a la ejecución son regulados con un evidente paralelismo al de las otras manifestaciones procesales, pudiera acaso plantearse en base a determinadas direcciones modernas que insisten en aislar la naturaleza de uno y otro fenómeno, aludiendo, por ejemplo, a la “separación realizada en la nueva ordenación de los estudios entre “litigio”—lo que sería el estricto proceso civil—y “ejecución” (2).

Sin entrar a fondo en el tema, que no nos interesa de momento en sus dimensiones generales, cabe, sí, sostener que el hecho de que la *ejecución* se nos presente como algo lógicamente diferente de otras actividades judiciales, no es motivo bastante para negar la pertenencia de tal instituto al campo genérico de lo *procesal*. Por tanto, a lo más que creemos pudiera llegar en esta tendencia es a afirmar que la ejecución no es en su propio sentido una función *jurisdiccional* (3), pero sí, en todo caso, un fenómeno que ha de encajarse en la noción amplia del “proceso civil”. El mismo SCHÖNKE antes citado, en una obra posterior (*Zwangsvollstreckungsrecht*, Berlin, 1940) dice expresamente que “la ejecución forzosa constituye una parte del proceso civil; pertenece, pues, a la jurisdicción civil contenciosa”. Lo que ha de

(1) Se reconocía unánimemente que el procedimiento del juicio ejecutivo de la ley de Enjuiciamiento, que era el que ordinariamente se seguía para hacer efectivos los créditos hipotecarios, adolecía de los defectos de dilatorio y dispendioso, siendo evidente la conveniencia de sustituirlo por otro más rápido y económico. Campuzano, *Elementos de Derecho hipotecario*, Madrid, 1931 (2.^a edición), t. II, págs. 185 y siguientes.

(2) Así, Schönke, en el prólogo de su obra *Zivilprozessrecht*. Berlin, 1938

(3) Como quiere Carnelutti y parte de la doctrina italiana. Ver el *Sistema di Diritto procesale civile*, Padua, t. I, 1936, pág. 132, de aquél.

oponerse, por tanto, no es ya "ejecución" y "proceso civil en sentido estricto", sino "proceso de ejecución" y "proceso de declaración o cognición" (1).

Siendo, por tanto, procesal la actividad de ejecución que ordenan los arts. 129 a 135 de la Ley Hipotecaria, dichos preceptos revestirán, en consecuencia, una naturaleza *procesal* también.

B) Pero dentro del derecho procesal hay normas de índole muy diversa: preceptos que son de observancia inmodificable por las partes; preceptos que, por el contrario, permiten a los sujetos privados estipulaciones en contra de su contenido; es decir, que existen reglas de *derecho absoluto* y de *derecho dispositivo*. ¿A cuál de estos grupos pertenecen los arts. 129 a 135 de la Ley Hipotecaria?

La cuestión ofrece extraordinaria importancia en sus términos generales, ya que depende de ella la solución que haya de dársele a numerosos problemas, como la admisibilidad de las convenciones procesales, los efectos de la no observancia de una determinada norma jurídica, etc. (2). Ahora bien: una respuesta aplicable a todos los casos que la realidad es susceptible de presentar, no puede darse, en modo alguno: se trata, efectivamente, de un problema de *interpretación*.

Con respecto al caso concreto planteado, y a diferencia de lo que ocurre en otros procedimientos, nos encontramos con un precepto expreso referido a este punto, en cuyo análisis vamos a detenernos ahora. Tal es el art. 129, en su última parte. A tenor de dicho artículo, la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial que se establece en el art. 131 de esta Ley, *sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes*."

La lectura de esta disposición sugiere ya inmediatamente que, por categórico mandato de la Ley, el procedimiento judicial "sumario" pertenece íntegramente—"ninguno de sus trámites"—a la esfera del *ius cogens* y que es nulo el papel dejado a la voluntad privada individual en el desarrollo de la tramitación prescrita.

Pero tal afirmación, hecha así en términos generales, nos llevaría a un resultado erróneo, porque pudiera hacer creer que este procedimien-

(1) Ob. cit. pág. 1.

(2) Sobre este punto continúa siendo de gran interés el conocido artículo de Bülow "Dispositives Zivilprozessrechts und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung", en el *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1881.

to ejecutivo tiene también carácter forzoso, en cuanto que el acreedor hipotecario no puede pedir la actuación de sus derechos sino acudiendo a los trámites ordenados en el art. 131; conclusión falsa, como veremos a continuación. Han de estudiarse, pues, ahora, dentro de este punto, dos problemas *distintos*: 1.º ¿Tiene la forma de ejecución que analizamos carácter *exclusivo*, en el sentido de ser el único procedimiento aplicable a la efectividad de los créditos hipotecarios en los que concurren las condiciones necesarias? (1). 2.º ¿Cabe que la voluntad de las partes, una vez supuesta la aplicación de estos preceptos en virtud del mandato de la ley o de la elección del titular del crédito altere los trámites concretos marcados en las disposiciones legales?

Ad. 1.º Como antes indicamos, un examen superficial del artículo 129 transcritó podría hacer pensar en la solución afirmativa de esta cuestión, si se estima que al decir la ley: "la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario", etc., se excluye la posibilidad de que sea ejercitada de otra manera, y al añadir la citada disposición "sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes", cabe entender asimismo que el convenio privado es también ineficaz para modificar, no un trámite aislado, sino el conjunto de ellos, es decir, el procedimiento considerado como un todo. Según este criterio, no solamente la ejecución extrajudicial, sino el mismo juicio ejecutivo ordinario, sería inadmisible siempre en el caso de que el acreedor, en cuyo título figurasen determinadas circunstancias, persiguiese la satisfacción de su crédito directamente sobre los bienes hipotecados.

Pero esta orientación, no obstante hallarse con frecuencia planteada —no sostenida— por la doctrina, no resiste ni el más ligero análisis de sus fundamentos en lo que respecta a nuestro derecho positivo. En efecto, frente a ella se alzan gran número de razones; entre otras, las siguientes:

Primeramente, la misma dicción literal del precepto comentado, donde se dice que la acción hipotecaria podrá ejercitarse sujetándose al procedimiento del art. 131; es decir, donde se marca una *facultad* para el acreedor, no una *obligación*—"carga", en sentido procesal (2)—.

(1) Sobre estas condiciones y su significación, v. *infra*. IV

(2) Pudiera objetarse que la expresión "podrá" hace referencia a la posibilidad de iniciar o no el procedimiento por parte del titular de la acción, pero no a la de elegir el que ha de seguirse, de modo que la "facultad" se refiere a la iniciativa pro-

Tampoco la última frase: "sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado", sirve para la demostración de la tesis impugnada, porque ella hace referencia, indudablemente, a la alteración de los trámites que componen el procedimiento—"sus trámites"—, no a la admisibilidad de su íntegra sustitución.

En segundo lugar, el precepto del art. 129 de la Ley Hipotecaria no hay que considerarlo—del mismo modo que cualquier otra disposición—como un mandato aislado y sin relación alguna con los demás artículos, sino más bien como una parte de un todo que debemos suponer armónico, y que es, en este caso, el resto de la legislación hipotecaria. Ahora bien: en otros preceptos esta legislación hace clara y precisa referencia a formas de ejecución que no dejan lugar a dudas sobre la compatibilidad de todas ellas y sobre la facultad de elección atribuida al acreedor. Prescindiendo de la ejecución extrajudicial, el procedimiento ejecutivo ordinario es aludido expresamente en la ley en el artículo 126 (1), y, sobre todo, la facultad de opción concedida al acreedor se manifiesta de modo categórico en el art. 202 del Reglamento hipotecario, al decir que "el procedimiento judicial sumario será aplicable: 1.º A las hipotecas inscritas con anterioridad al 21 de abril de 1909, cuando los acreedores opten por tal procedimiento. 2.º A las posteriores a dicha fecha, si no optasen por el procedimiento ejecutivo ordinario".

La objeción de que estos preceptos reglamentarios se hallan en desacuerdo con el espíritu de la ley—ya que no puede decirse que con su letra—se desvanece fácilmente consultando los antecedentes de la promulgación del texto de 21 de abril de 1909; en efecto, la discusión habida sobre este punto en el Senado y las explicaciones de la Comisión y del propio Ministro de Justicia (2), no dejan lugar a dudas sobre que la verdadera interpretación de los preceptos innovados en la materia no permiten considerar al procedimiento de los arts. 129 a 135 con ca-

cesal, sin que suponga un derecho a la determinación de los trámites aplicables. Sin embargo, no es difícil demostrar que generalmente nuestra terminología procesal no emplea tal expresión cuando se trata de este tipo de facultades, sino una fórmula simplemente preceptiva; verbigracia, art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento civil: "A toda demanda o contestación deberá acompañarse necesariamente...", etc.

(1) "Cuando en juicio ejecutivo seguido conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil..."

(2) Véase en Higueras, P.: *Reforma de la Ley Hipotecaria. Interpretación auténtica de la Ley de 21 de abril de 1909*, Madrid, 1909, t. I, pág. 32.

rácter *exclusivo*. Del mismo modo, la doctrina hipotecaria y procesal, unánimes, y la jurisprudencia reconocen la naturaleza *voluntaria* o *potestativa* de esta forma de ejecución (1).

Si la solución en nuestro Derecho positivo no parece, pues, dudosa, otra cosa ocurre con la justificación del sistema aceptado por la ley. Entre nosotros el acreedor hipotecario puede elegir la tramitación que le agrade dentro del cuadro de procedimientos ordenados. Es, pues, posible que, no obstante la admisibilidad de la vía judicial "sumaria", el actor opte por el juicio ejecutivo de la ley de Enjuiciamiento civil. Se-mejante criterio, ¿debe ser mantenido?

A la posición del acreedor que, no obstante poder iniciar el procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria, demanda en juicio ejecutivo ordinario, cabría oponer la falta de uno de los requisitos esenciales de la tutela jurídica procesal: el *interés* o la *necesidad* de protección para el que solicita la actuación judicial. En el caso planteado no puede reconocerse, en efecto, la existencia de tal necesidad o interés para el actor que está en situación de obtener la actuación de su derecho en forma más sencilla que la pretendida por él. La doctrina alemana, en este punto (2), hace notar cómo no concurre la condición apuntada en el acreedor a quien se permite conseguir la prestación debida por un medio procesal más simple, y así se niega la sentencia ordinaria de condena a quien posee ya un título ejecutivo contra el deudor (fuera de los casos en que éste no se pueda utilizar).

En el derecho español, la Ley guarda silencio, como se sabe, sobre esta cuestión de la necesidad o interés, y la jurisprudencia ha recogido en ocasiones las conocidas máximas existentes en la materia (3). Aho-

(1) Ver Morell, ob. cit., pág. 88; Aragónés, ob. cit., pág. 90; Campuzano, ob. cit., págs. 177 y sigs.; López de Haro, *Tratado* cit., pág. 218; Manresa, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, 1929 (5.ª edición), t. V, pág. 102; Miguel y Romero, *Lecciones de práctica forense*, 1924 (4.ª edición), t. I, pág. 609. En cuanto a la jurisprudencia, la resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de febrero de 1911 dice en su primer Considerando que "el referido procedimiento tiene carácter potestativo o voluntario", y que "la Ley ha querido dejar en libertad a los interesados para elegir este medio, sin hacerlo en todo caso obligatorio".

(2) Aparte de las obras generales antes citadas, entre otras, Bley, *Klagrechts und rechtliche Interesse*, 1923.

(3) Aunque "en general, sin embargo, la jurisprudencia no ha formado un cuerpo de doctrina sobre el interés", Menéndez Pidal, *Elementos de Derecho procesal civil*, Madrid, 1935, pág. 73, nota 1.

ra bien: en el punto concreto que examinamos no cabe duda sobre cuál sea la solución defendible según los textos en vigor, como antes indicamos. La crítica de estos textos, fundada en la falta de interés para el acreedor, hay que hacerla, por otra parte, *cum grano salis*, porque no cabe sostener que el acreedor hipotecario carece de interés para seguir un juicio *declarativo ordinario*, aunque tenga expedita la vía del art. 131 de la Ley Hipotecaria, ya que en aquel juicio puede obtener algo que el procedimiento "sumario" es impotente para proporcionarle: una resolución judicial *con fuerza de cosa juzgada*; ni se debe afirmar tampoco que el acreedor, en estas mismas condiciones, no tenga nunca interés en preferir el juicio *ejecutivo de la ley de Enjuiciamiento civil*; piénsese en la hipótesis de que los bienes hipotecados sean insuficientes para cubrir el crédito del actor, y en la imposibilidad que existe en el proceso de ejecución de la Ley Hipotecaria—a diferencia de la ejecución común—de sujetar a las resultas del procedimiento otros bienes distintos de aquellos sobre que la hipoteca recae (1).

Ad. 2.º Admitido que el acreedor puede, dentro de los límites legales, optar por una u otra forma de ejecución, pese a la censura que en algunas hipótesis ha de merecer la concesión de tal facultad, ¿cuáles son los poderes de las partes sobre la tramitación ordenada por la Ley? ¿Es admisible alguna convención que modifique las normas procesales vigentes en la materia?

A ello responde expresamente el art. 129, antes citado, *in fine*: "sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes". Constituye este precepto una prohibición aplicada al problema hipotecario de la figura genérica del *proceso convencional*.

(1) Por consiguiente, la falta de interés ha de verse solamente en aquel acreedor que, teniendo suficientemente cubierto con los bienes hipotecados la obligación de su deudor, demanda a éste en juicio ejecutivo ordinario no obstante permitirle su título acudir a la ejecución hipotecaria (lo que es, sin embargo, admisible en el puro terreno positivo, como repetidamente hemos afirmado). La crítica de esta admisibilidad se encuentra asimismo en Manresa, aunque sin ver, a mi juicio, la esencia de la objeción contra el sistema legal (ausencia de un interés o necesidad de protección jurídica para el acreedor). "Corriendo a cargo de éste (del deudor) las costas del nuevo procedimiento y las del juicio ejecutivo y siendo éste, por regla general, más caro que aquél, no puede ser indiferente al deudor que su adversario el acreedor escoja entre ambos tipos o clases de procedimiento el que más caro resulte, dado que lo que se gaste de más en costas, recibirá en definitiva de menos el deudor..." "Habría sido mejor hacer preceptiva, obligatoria, la adopción de uno u otro tipo de procedimiento." (Obra citada, pág. 702.)

La posibilidad de una convención entre las partes sobre una actividad procesal está intimamente ligada al problema de carácter absoluto o dispositivo de la infracción de las normas que la regulan; no obstante, ambas cuestiones difieren lógicamente, y así, el hecho de que la infracción de un precepto tenga carácter dispositivo no quiere decir que en el punto de que él trata quepa una estipulación que tienda a modificar su contenido (1). Aplicando este criterio al procedimiento que estudiamos, podríamos encontrar en él ejemplo de disposiciones cuya infracción no es de índole absoluta (2); sin embargo, no podemos, dados los términos generales del art. 129, encontrar ninguno en que se reconozca eficacia a un posible acuerdo de las partes sobre la materia procesal ordenada por la Ley.

Dentro de los tipos comunes de procesos, existe asimismo una admisibilidad muy restringida de las convenciones de las partes (3); sin embargo, pueden citarse casos, admitidos por algunas legislaciones, de *acuerdos procesales* v. gr. (prescindiendo de la importantísima figura del *compromiso*): la renuncia contractual al recurso de apelación, las cláusulas insertas en una estipulación sobre la prueba, etc. Ahora bien: dejando a un lado el problema en general, en nuestro Derecho positivo no cabe duda que, por lo que hace a la ejecución de la Ley Hipotecaria, ni siquiera con semejante carácter excepcional pueden admitirse tales supuestos. Doctrinalmente se fundamenta la solución en el carácter de orden público que tienen los artículos que analizamos, dado su carácter procesal (4); no obstante, incurre este argumento en el defecto de probar demasiado, porque no se sabe la razón de que no exista un precepto parecido en la legislación procesal común, que tiene, indudablemente, análoga naturaleza (5). Por otra parte, muchas de las normas

(1) "Una cosa es renunciar a oponer una nulidad en que ya se ha incurrido y otra es disponer un proceso convencional." Chiovenda, ob. cit., pág. 124.

(2) Acaso sea la más típica la que se contiene en el número 3 de la regla 3.^a del artículo 131 sobre presentación con el escrito inicial del acta notarial justificativa del requerimiento de pago; no obstante, sobre la interpretación contraria de este precepto, infra.

(3) Köhler ha escrito sobre esta materia un estudio: *Über prozessrechtliche Verträge und Creationen*, Berlín, 1894.

(4) En este sentido, las obras generales anteriormente citadas, nota 1, pág. 7

(5) Salva la disposición del artículo 1.^º de la Ley de Enjuiciamiento, que no es tan explícito como el que ahora analizamos.

del procedimiento judicial "sumario" (1) están dictadas en interés del acreedor o del deudor puramente; no se comprende, pues, cómo se justifica la prohibición de renuncia a estas ventajas legales que tienen un mero contenido patrimonial. Otra crítica habría de hacerse si las normas aplicables estuviesen verdaderamente inspiradas en un auténtico interés público que concediera al Juez, por ejemplo, entre otras cosas, una intervención más amplia y eficaz que la que se le atribuye.

La prohibición legal parece responder, por tanto, más a un criterio de simplificación del procedimiento (2) (lo que pudo pensarse se conseguiría no admitiendo variaciones convencionales del régimen preceptuado) que no a una decidida tendencia a reducir el papel de la voluntad privada en el orden procesal. Confirma esta opinión (3) el hecho de que más tarde, en el art. 131, se reconozca una típica convención procesal que modifica las normas ordinarias de competencia: el pacto de sumisión, recogido en la regla primera de dicho artículo, y ciertamente con mayor amplitud de la que tenía en el precedente de la Ley de Ultramar de 1893.

Con respecto a los contratos procesales sobre ejecución (*Vollstreckungsverträge* o *Executionsverträge*, en la terminología alemana), contamos, pues, con un criterio positivo general sobre la imposibilidad jurídica de su existencia en la ejecución hipotecaria. La distinción, importante en otras legislaciones, entre acuerdos que amplian la ejecución y acuerdos que la restringen, con la solución de que los primeros deben ser rechazados, y admitidos los segundos, carece aquí de valor. Lo mismo las normas puestas en interés del acreedor que en el del deudor, son inalterables para las partes. Ahora bien: para llegar, en la práctica, a

(1) Por no decir la totalidad, ya que la Ley de 1909—y no habrá que añadir que la de Enjuiciamiento civil—desconoce la idea de un "interés de la comunidad" que esté presente en el desarrollo de las actividades procesales de ejecución y que debe ser primeramente tenida en cuenta en la regulación jurídica de dichas actividades, idea que ya fué puesta de relieve por Köhler en 1889 (*Prozessrechtliche Forschungen*) y desarrollada en su producción legislativa y doctrinal por Klein (Klein-Engel, *Der Zivilprozess österreichs*, 1927), y que constituye hoy uno de los *leitmotivs* de las direcciones del derecho procesal. V. Schönke, *Zwangsvollstreckungsrechts struktur*, cit., pág. 4, donde se recogen los anteriores datos.

(2) O de no empeorar la situación del deudor.

(3) Que no se desvirtúa, naturalmente, sea cual fuere el pensamiento de los autores de la reforma de 1909, ni se trata aquí de indagar en modo alguno la *mens legislatoris* sobre el punto controvertido.

uña calificación correcta de determinadas estipulaciones cuya naturaleza puede ser dudosa, es preciso tener en cuenta que la prohibición legal únicamente se aplicá a aquellas convenciones que *directamente tienden a regular un "trámite" procesal*, no a aquellas que, *recayendo sobre la acción o el título*, produzcan una modificación en el posible proceso que ulteriormente se origine.

Supongamos el caso de que A., acreedor hipotecario de B., se compromete con éste (y ello se hace constar así) a no hacer uso de su título ejecutivo hasta pasados dos años del vencimiento de la deuda. En este caso, la estipulación es, a mi juicio, completamente admisible y eficaz, y si, a pesar de ella, A. pidiera al Juez la ejecución antes del plazo convenido, podría ser denegada por éste al examinar el requisito de la "exigibilidad" a que hacen referencia las reglas 2.^o y 4.^a del art. 131. Pero en el caso apuntado, la obligación es, desde luego, "exigible"; la convención recae no sobre ella, sino sobre una materia específica procesal como es la eficacia en el tiempo de un título ejecutivo; lo cual quiere decir que no todas las estipulaciones procesales que se refieran a la ejecución en materia hipotecaria son inadmisibles, sino solamente, como antes decíamos, las que tienden a alterar los trámites marcados por la ley (1), y esto es, en definitiva, lo que prescribe el texto literal del artículo 129.

Ciertamente, es, con frecuencia, difícil de distinguir el contrato que recae sobre las relaciones jurídicas privadas, de aquel que tiene por objeto una relación de índole procesal, y acaso se haga, asimismo, en ocasiones imprecisa la línea de separación entre las convenciones que versan sobre el simple procedimiento y las restantes. Un autor alemán, Roquette (2) alude a la diferencia entre los distintos "momentos" a que la estipulación se refiere (3) y hace notar cómo en la práctica frecuentemente va mezclado el "momento procesal" con el "material", que, sin embargo, tiene un tratamiento jurídico diverso e independiente.

(1) La idea fundamental de esta solución, a saber: que los problemas de *trámites* no son sino una parte de los problemas *del proceso*, no creemos que necesite una ulterior demostración.

(2) "Vollstreckungsverträge"; en la *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozessrecht*, 1925, págs. 160 y sigs.

(3) Contratos de ejecución (en sentido procesal) son para este autor los "acuerdos entre acreedor y deudor sobre la utilización del título ejecutivo". (Ob. cit., página 160.)

Para nuestro propósito se hace preciso completar la distinción con la de contratos procesales sobre los trámites del procedimiento "sumario" y contratos referidos a "momentos" distintos de la pura trámitación, aplicando la prohibición legal del art. 129 únicamente a los primeros (1).

JAIME GUASP DELGADO.

Letrado del Consejo de Estado. Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona

(1) El tema de la admisibilidad *in genere* de los contratos de ejecución, que aquí se recoge, no puede ser expuesto ahora por las naturales limitaciones del presente estudio. La doctrina alemana (como sabemos, siempre referida a los acuerdos que *restringen* la ejecución), pese a algunas excepciones (Hellwig, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, 1910) domina en sentido afirmativo. V. en la *Zeitschrift* citada (tomo XXX), el conocido artículo de Sintenis: "Simulirte Prozess".

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1941.—*Propiedad Industrial.*

Los padres de los litigantes y coherederos idearon una fórmula que les permitió dedicarse a la fabricación de Sidra y Champagne, cuya elaboración comenzaron lanzando al mercado un producto con dicha denominación y bajo la marca: "Real Sidra Asturiana"—José Cima García—, que les fué otorgada en 1899. Muchos años después de que la fábrica funcionase con pleno éxito, entró en ella el demandado don Arturo Cima, uno de los hijos del inventor. La elaboración había plasmado en una efectividad real e indudable, de cuyos más insignificantes pormenores hubo de ser forzosamente informado D. Arturo por su padre. La fórmula y el conocimiento que de la misma debe tener el demandado no puede circunscribirse en lo abstracto de la nomenclatura de una simple fórmula química, sino que abarca en su contenido todo un complejo sistema de elaboración del producto definitivo. Los demandantes reclaman la entrega de la fórmula química. El sentenciador de instancia condena a este efecto al demandado, estableciendo "que la fórmula de fabricación, producto mueble e inmaterial de la actividad de sus creadores como parte integrante del patrimonio de los causantes de los hoy contendientes pasó a formar parte del caudal hereditario de los mismos; y habiendo sido transmitida por aquéllos al demandado en concepto que sólo puede merecer la calificación legal de depósito, era obligado guardarla y en su día restituirla a la masa hereditaria por aplicación del precepto del art. 1.766 del Código civil y bajo la responsabilidad que en el mismo se establece". El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida. "Estos antecedentes descubren que el Tribunal de instancia no afirma que el demandado celebrase con trato expreso alguno; y únicamente de la circunstancia de haber llegado a conocer la fórmula cuando sus padres se la comunicaron al encomendarle la dirección de la fábrica, deduce que se operó una trans-

misión de aquélla, en concepto que sólo puede merecer la calificación legal de depósito. Este razonamiento, base y fundamento de la obligación impuesta al recurrente de comunicar la fórmula a sus coherederos, patentiza la inconsistencia del fallo, porque los arts. 1.758, 1.761 y 1.766 del Código civil demuestran que el contrato de depósito es de carácter real: lo integra la tradición que transmite al depositario la posesión natural de la cosa mueble corporal, que se obliga a guardar y a restituir. Los derechos inmateriales, entre los que figura catalogado el derecho del inventor al producto de su inteligencia, no puede ser objeto de depósito; y también evidencia que no ha mediado contrato de esta clase, la misma sentencia, al no imponer al demandado una obligación de dar, sino una de hacer consistente en que rinda a sus coherederos el servicio de comunicarlos todo un complejo sistema de elaboración, o sea que les descubra conversando ese sistema, ya que éste es el significado que el mismo fallo asigna al verbo "comunicar". Las únicas fuentes de las obligaciones son las comprendidas en el artículo 1.089 del Código civil. Por tanto, es forzoso deducir que el simple conocimiento de la fórmula química, adquirido por D. Arturo Cima en la ocasión y circunstancias dichas, no originó tampoco relación contractual tácita, ni ninguna otra constitutiva de "causa debiendo" de la obligación, que impone el primer pronunciamiento de la sentencia recurrida; y que, en consecuencia, ésta incide en las infracciones que denuncia el segundo motivo del recurso, o sea en aplicación indebida del art. 1.766 del Código civil y violación del 1.758 en relación con el 335 y del 1.089 del mismo Cuerpo legal e infracciones que obligaron a decretar la casación del expresado pronunciamiento. La doctrina del Tribunal Supremo culmina en el siguiente Considerando: "Que la propiedad industrial constituye una de las categorías de productos intelectuales, amparada y regulada como clase independiente por el Derecho moderno, el cual atribuye al inventor el disfrute exclusivo de lo que es producto de su espíritu, de su idea, concediéndole un derecho que, a diferencia de los llamados reales, que tienen siempre por objeto cosas concretas materiales, es de carácter inmaterial no susceptible de posesión, entendida ésta en el sentido de posibilidad actual y exclusiva de ejercer un poder de hecho sobre la misma cosa; y aunque en ciertos aspectos pueda aplicarse a este derecho la Ley común en materia de muebles, en términos generales, antes de ser patentado y fuera del orden contractual, sólo está protegido por las leyes en lo relativo

al secreto que vengan obligados a guardar y a no utilizar determinadas personas que lo conozcan por sus relaciones particulares con el inventor o por medios delictivos." El segundo problema del recurso es resuelto por el Tribunal Supremo mediante la invocación de su sentencia del 9 de julio de 1940 (véase REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 605 a 609), recaída entre los actuales litigantes.

Hemos de distinguir la marca de fábrica: "Real Sidra Asturiana, José Cima García" y el procedimiento para elaborar la sidra. La marca de fábrica ha sido adquirida legalmente por el causante de los litigantes en virtud del Real decreto de 18 de agosto de 1884 en el año 1889, y pertenece al patrimonio relicito del causante, si no ha caducado entre tanto (véase el texto del mencionado decreto en Mucius Scaevola, Código civil, tomo VII, 1892, págs. 564 y ss.). El proceso de elaboración de la sidra es tal vez patentable. Según el texto refundido en 30 de abril de 1930 (y el decreto de 22 de mayo de 1931, que anuló los artículos 233 a 243, confirmado por Ley de 16 de septiembre de 1931), puede ser materia de patente todo procedimiento o sucesión de operaciones mecánicas o químicas que total o parcialmente no sea conocido en su naturaleza o en su aplicación en España ni en el extranjero si va encaminado a obtener resultado o producto industrial (véase Gascón y Marín, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 6.^a ed., 1936, pág. 351). Supongamos que se trate en el presente caso de un procedimiento patentable. En esta hipótesis nos encontramos con un bien inmaterial, que, aunque no sea un bien mueble como lo declara la actual sentencia repitiendo la doctrina ya sentada, por ejemplo, en la del 24 de diciembre de 1940 (REVISTA CRÍTICA, 1941, págs. 154 y siguientes), entra, sin embargo, en la clase de los derechos patrimoniales (véase "Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts", 1931, § 72, II, pág. 221), es decir, forma parte del patrimonio ("Enneccerus-Nipperdey", 1. c., § 124, I, 1, pág. 397) y puede transmitirse por herencia ("Enneccerus-Nipperdey", 1. c., § 72, II, pág. 222). La legislación española (véase, por ejemplo, ya el art. 6 de la Ley de Propiedad intelectual de 10 de enero de 1879; art. 6 de la Ley de Propiedad industrial de 30 de julio de 1878) y extranjera (véanse, por ejemplo, los arts. 8 "Urhebergesetz" del 19 de junio de 1901; art. 10 "Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie" del 9 de enero de 1907; artículo 3 "Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Mode-

llen" del 11 de enero de 1876; art. 6 "Patentgesetz" del 7 de diciembre de 1923; art. 7 "Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern" del 1 de junio de 1891; art. 7 "Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen" del 12 de mayo de 1894). La no inscripción del derecho inmaterial no impide su nacimiento, ya que la inscripción no es constitutiva, como lo demuestra la posibilidad de impugnar la inscripción de una patente por no ser originaria (véase sentencia del 12 de junio de 1940 en REVISTA CRÍTICA, 1940, páginas 484 y 485). Así declara la sentencia del Tribunal Supremo del 25 de febrero de 1941, que, según el artículo 1.º del Estatuto de la Propiedad industrial, puede adquirirse la marca por prioridad de uso, hágase o no la inscripción en el Registro, puesto que la inscripción no se impone por la Ley con carácter obligatorio, constituyendo el certificado de concesión sólo una presunción "juris tantum" de propiedad. De ahí resulta que la Propiedad industrial pertenece al patrimonio relicto. Ella consiste, como la propiedad material en un objeto, sobre el que el ordenamiento jurídico proyecta consecuencias jurídicas. En la propiedad material, el objeto consiste en una cosa mueble o inmueble. En la propiedad industrial el objeto consiste en el conocimiento de la elaboración, objeto, que actualmente está en la "casi posesión" del demandado. La consecuencia jurídica del ordenamiento jurídico atribuye al inventor o a sus causahabientes el derecho exclusivo a explotar el invento. Los causahabientes, con exclusión del demandado, se encuentran, por tanto, en idéntica situación que un heredero que persigue una cosa del causante, que se halla en posesión de un tercero, o, mejor dicho, que varios coherederos que persiguen una cosa del causante que se halla en exclusiva posesión de otro coheredero. Al demandado incumbe, por tanto, la carga de alegación y de prueba para defenderse contra la acción de los coherederos. Se trata de una "rei vindicatio" (véase art. 429, pár. 2.º Código civil), no sólo de una "partis vindicatio" (véase Martín Wolff, "Sachenrecht", 1929, § 84, III, 1, b, pág. 277), ya que todos los herederos, con excepción del demandado, exigen la comunicación del secreto que el demandado ya conoce y no pierde por comunicarlo. Si quisiese alegar y probar que posee "el secreto por título gratuito", puede resultar aplicable el art. 1.035 del Código civil, que trata de la colación (1).

(1) Para la ejecución hay que tener en cuenta el art. 934 párrafo 1.º, segundo caso, de la Ley de Enjuiciamiento civil

Prescindiendo de la propiedad industrial como base de la acción, faltando en el Derecho español la causa general del enriquecimiento indebido, o torticero, puede concebirse como fundamento el art. 1.902 del Código civil. El demandado causa un daño a los demandantes mediante una omisión antijurídica y culpable (dolosa o culposa). La antijuridicidad de la omisión puede deducirse o de la Ley o de un contrato o de una actividad anterior (véase Cuello Calón, Derecho Penal, parte general, Bosch, Barcelona 1935, pág. 290), en sí legítima. Cuello Calón (1. c.) da el siguiente ejemplo: "El que ha incendiado un matarral para limpiar el terreno debe tomar medidas para evitar que no se incendie el bosque próximo; si el bosque se incendia por la omisión de aquellas medidas, su inactividad, al presenciar el incendio pasivamente, será punible." En nuestra hipótesis consiste la actividad previa y perfectamente lícita en la apropiación del secreto en la fábrica paternal, actividad que produce la obligación de comunicar el secreto a los demás herederos. También existe culpabilidad.

Pero, aun concediendo al demandado el derecho de guardar el secreto, puede pensarse en la aplicación de la doctrina del abuso del derecho. Puesto que la conservación del secreto arruina la fábrica. El demandado no puede continuarla sin el permiso de los demás coherederos respecto a la marca de la sidra. Y los demás coherederos no pueden continuarla por no poseer el secreto.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la construcción jurídica del Tribunal sentenciador. Puesto que, si bien es verdad que las disposiciones sobre el depósito no son aplicables directamente por los motivos expuestos por el Supremo Tribunal, no lo es menos que debía ventilarse el problema de su aplicación analógica al caso de autos.

SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1941.—Art. 769 Código de Comercio.

El Tribunal Supremo, después de enumerar las sentencias del 9 de marzo de 1926, de 1 de abril de 1935 y de 28 de octubre de 1940, que contienen idéntica doctrina, establece el siguiente Considerando: "Que alegado por la Compañía demandada en su escrito de contestación a la demanda como uno de los fundamentos de la solicitud, que dedujo, de la desestimación de la demanda, el no haberse acompañado al escrito, en que se ejercitaba la acción, las copias certificadas de los

diarios de navegación de los distintos buques en que navegó la mercancía, la Sala sentenciadora no decidió tan importante extremo litigioso, ni hizo declaración alguna en el fallo de la sentencia respecto al mismo y en que ella condenó a la Compañía demandada, a pesar de no haber acompañado el actor los mencionados documentos ni haberlos suplido con las protestas de los capitales de los buques ni haber alegado ni menos demostrado la imposibilidad de presentarlos por no haber existido o por haber desaparecido, o bien que había agotado sin resultado todos los medios legales que pudo utilizar para conseguirlos, único caso en que la jurisprudencia autoriza para acudir a los demás medios de prueba, forzoso es estimar que en dicha sentencia condenatoria se ha incidido en la incongruencia comprendida en el número 3.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil y en la del art. 769 del Código de Comercio y doctrina de esta Sala."

SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1941.—*Supresión de las personas jurídicas.*

Las entidades a las cuales se reconoce personalidad por el ordenamiento jurídico, adquieren desde el momento en que quedan constituidas legalmente un derecho a la existencia, que no puede ser violado ni abolido más que a virtud de un título jurídico en los casos determinados por las Leyes que las regulan o reconocen; y si bien, en general, la persona jurídica puede extinguirse por supresión, es decir, por un acto de la autoridad que retire a aquélla el reconocimiento que la había prestado y anula consiguientemente su subjetividad, dentro de las formas y condiciones que imponga el derecho vigente, es indudable que no cabe deducir una supresión meramente de simples actos de intervención o fiscalización por parte del Poder público, lo que equivaldría en definitiva a dejar la existencia y vida de la persona moral a merced de cualquiera que provoca aquella fiscalización, formulando una denuncia.

SENTENCIA DE 1 DE MAYO DE 1941. — *Derecho catalán (heredamiento).*

La sucesión ordenada en el heredamiento puede concebirse como un cambio o sustitución del jefe de la entidad familiar y de su patrimonio.

Ordenado el heredamiento para el caso de fallecer los esposos sin disposición testamentaria, no puede menos de referirse en ciertos aspectos por las reglas de los actos *mortis causa*, y, en consecuencia, es norma de aplicación al objeto de inquirir el propósito de sus otorgantes la establecida en la Ley 12, título 17, libro 50 del Digesto, según la cual deben interpretarse ampliamente las palabras del testamento, regla conducente a la conclusión de hacer prevalecer en esta clase de disposiciones la voluntad interna, que, partiendo de las expresiones en ellas empleadas, pueda ser inferida, atendidas las circunstancias dignas de tomarse en cuenta. Si bien en los llamamientos del heredamiento instituido por los esposos se refieren éstos a los "hijos de su matrimonio nacederos", debe tenerse en cuenta que las leyes 201 y 220, título 16, libro 50 del Digesto *De verborum significacione*, al interpretar el significado del vocablo "hijo", establecen que bajo esta denominación se halla comprendido también el nieto, regla admitida en esta Sala con relación a los actos de última voluntad en reiterada jurisprudencia.

SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1941.—*Interpretación de contrato, fuerza mayor.*

Convenida la venta de vino con 20 grados de fuerza alcohólica, se hizo la entrega de la primera partida con graduación algo menor. Al tiempo de la primera entrega, en el mes de abril de 1936, el vendedor notificó al comprador aquella deficiencia alcohólica, con promesa de compensarla. El comprador, no obstante la notificación, no rehusó el recibo de la mercancía ni formuló protesta alguna, significando así su conformidad tácita con la entrega y consiguiente cumplimiento de la obligación originaria, modificada en la forma expuesta por su asentimiento. En mayo se hizo la segunda entrega de vino, sin efectuarse la mencionada compensación. En junio no retiró el comprador el vino de las bodegas del vendedor, a pesar del pacto en virtud del cual el comprador había de hacerse cargo de la mercancía mediante extracciones parciales que quedarían totalmente ejecutadas en el mes de agosto, a fin de que las bodegas del vendedor quedasen libres y en condiciones de recibir la próxima cosecha. El comprador y demandante exige el cumplimiento del contrato; el vendedor y demandado, mediante reconvenCIÓN, exige su resolución. La sentencia recurrida da la razón al demandado. El recurso de casación no tuvo éxito.

La primera cuestión consiste en saber si el vendedor ha incumplido sus obligaciones, en cuyo caso no podía exigir la resolución del contrato (art. 1.124 del Código civil). El cumplimiento deficiente en abril no debe tenerse en cuenta, puesto que el comprador lo consintió con su silencio. En cambio, se discute si la compensación prometida por el vendedor debía realizarse en mayo con ocasión de la segunda entrega (tesis del comprador), o al quedarse ejecutado el contrato, momento que no llegó (tesis del vendedor). El Tribunal Supremo declara lo siguiente: "No hay posibilidad procesal de optar en casación por ninguna de estas dos situaciones de hecho, que el juzgador de instancia silenció, por haber sido amparado el recurso únicamente en el núm. 1 del citado precepto legal." Estos párrafos dan motivo a serias dudas. La sentencia recurrida había adoptado, como se deduce de su fallo absolutorio, la tesis del demandado. Esta tesis implica una interpretación de la novación objetiva (art. 1.204), contraída mediante la notificación del vendedor y su aceptación tácita. La interpretación es atacable al amparo del art. 1.692, núm. 1 de la Ley procesal, y se presta al ataque en el caso concreto en vista de los artículos 1.288, 1.289 del Código civil. El primero establece que las cláusulas oscuras no deben favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad, que es el vendedor. Y el segundo establece que si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Ahora bien: parece de indudable justicia de interpretar una cláusula dudosa a favor del comprador, que tolera, mediante su generosidad, el cumplimiento deficiente del vendedor.

Supuesto el cumplimiento fiel de sus obligaciones de parte del vendedor (supuesto aceptado por el Tribunal Supremo), se plantea la cuestión de si el comprador ha infringido su obligación de recoger las mercancías. En primer lugar, se podría dudar si la recogida de la mercancía constituye un auténtico deber del comprador, o si se trata más bien de la omisión en el ejercicio de un derecho, omisión que puede producir una llamada "mora del acreedor". Pero la doctrina ha reconocido que al comprador, además de su obligación principal de pagar el precio, incumbe como segunda obligación la de recoger la mercancía. El § 433, par. 2.º del Código civil alemán expresa claramente ambas obligaciones. En segundo lugar, debemos examinar si el comprador fué impedido en el cumplimiento de su deber por fuerza mayor. A este efecto declara el Tribunal Supremo: "La fuerza mayor opera unas veces en forma definitiva, extinguiendo la prestación del deudor, pero privándole a la vez

del derecho a exigir la prestación correlativa, y otras veces opera en forma transitoria, retardando el cumplimiento de la obligación y eximiendo de la indemnización por mora, caso éste, en que generalmente la obligación revive al cesar la actualidad de la fuerza mayor, salvo que el contrato haya perdido su valor por no ser posible ya conseguir la finalidad perseguida por las partes, que es precisamente lo que ocurre en el caso de autos", ya que el pacto de liberar las bodegas del vendedor para el mes de agosto "implica pacto típico en beneficio del vendedor de un negocio a término en el que la fijación de la fecha del cumplimiento adquiere la categoría de requisito esencial del contrato por las circunstancias y la intención que lo determinaran".

LA REDACCIÓN.

VARIA

BULLE (ERNST WERNER).—*Das Recht des § 1.636 B. G. B. (§ 82 Ehegesetz) und seine Reform* (Tesis doctoral). 139 páginas.— Thomas & Hubert. Weida (Turingia), 1939.

El § 1.635 del Código civil alemán disponía que, en caso de disolución del matrimonio, quedasen los hijos con el cónyuge inocente, y que se distribuyeran aquéllos entre ambos esposos, según sexo y edad de los menores, cuando ambos cónyuges fuesen declarados culpables; todo ello a reserva de medidas contrarias que en su caso pudiese adoptar el Tribunal de tutelas. Como consecuencia, establecía el § 1.636 que "el cónyuge que no conservase consigo al hijo, tendría facultad de mantener relación con él personalmente". A lo cual añadía la autorización al Tribunal de tutelas para regular más en detalle tales relaciones. La Ley sobre Matrimonio y Divorcio de 6 de julio de 1938 ha completado el texto, reproduciendo los anteriores preceptos en su § 82, pero agregando que el Tribunal referido puede suspender o suprimir el trato entre progenitor e hijo cuando razones especiales así lo aconsejen en bien de este último.

El autor, que había realizado su estudio antes de la reforma apuntada, justifica el interés que el tema ofrece, a pesar de la modificación legislativa, y examina con paciente y minucioso cuidado las mil cuestiones de tipo cotidiano, más morales o sentimentales que jurídicas, pero propensas siempre a graves rozamientos entre ex cónyuges, que con este motivo se plantean: dónde podrá el padre visitar al hijo; casos de enfermedad de éste; resistencia del hijo a recibir la visita; cambio de residencia; comunicación epistolar; posibilidad de regalos y cuantía de ellos; educación del menor, etc., etc. Junto a esto, problemas de técnica conceptual alambicada: ese derecho del padre, ¿constituye un resto de la

guarda personal del hijo o es un derecho sustantivo e independiente de la patria potestad?

Prolíjamente va analizando las diversas hipótesis que la realidad puede plantear, la actuación de los Tribunales tutelares, la validez de los pactos que los antiguos esposos pueden concertar en la materia, y algunas situaciones especiales, procurando siempre sugerir soluciones razonables, con el laudable intento de buscar remedio eficaz en Derecho a cuestiones espinosas que sólo resuelve una auténtica comunidad de hogar. En pocas esferas, hemos de confesarlo, es tan estéril el propósito como en esta de la vida familiar, refractaria en su íntima esencia a las aristas de la normación jurídica.

Impresionan, por lo demás, con su elocuencia fría, algunas estadísticas que cierran el trabajo y pretenden servir como orientación para posibles reformas. Según los datos recogidos, un 50 por 100 de los matrimonios disueltos carecía de hijos; pero cuando éstos existen, su suerte suele ser peor que la de los hijos ilegítimos o la de los huérfanos, según algún autor (Braun). Y es lo cierto que en clínicas de enfermedades nerviosas y en instituciones asistenciales se comprueba el enorme contingente que de triste material humano tarado brindan las uniones matrimoniales desavenidas.

La conclusión a que llega el autor es que ni el Derecho de familia ni la vida familiar pueden ser *zivilisiert* ("civilizados", "acivilados"). Con ello quiere significar que es obligación y responsabilidad de los padres cuidar de la educación de sus hijos; y que no sería lícito instaurar una supertutela pública que los descargase de tal obligación o responsabilidad. Mas eso rige únicamente cuando se trate de familias o de padres "sanos"; en cuanto haya ruptura de la convivencia conyugal, tiene que intervenir el Estado, para lo cual preconiza medidas de varia índole. En el mismo sentido se inclina la citada Ley de Matrimonio, cuyo § 81 faculta al Tribunal tutelar para adoptar las providencias que reclame el interés fundamental y primario de los hijos.

N. P. S.

PROBLEMAS HIPOTECARIOS EN ALEMANIA.—*La transmisión de la garantía hipotecaria del crédito intermedio al crédito definitivo* (*).

II. EL PROBLEMA DE LA HIPOTECA SOBRE VARIAS FINCAS.—

(*) Conclusión. Véase el número anterior.

En la Revista de la "Akademie für Deutsches Recht" (1940, págs. 295 y sigs.) diserta Wilhelm Schütz acerca de la hipoteca que grava sobre diferentes fincas. Una corriente doctrinal alemana aboga en contra de estas hipotecas por razón de las complicaciones que suelen surgir (así, Staudinger, *Vorbemerkung* 20, ante el § 1.113 en su "Comentario al B. G. B."; Werne, en *Deutsches Recht*, 1935, pág. 149). Schütz, empero, teme que su abolición no sea posible. Los abolicionistas proponen en primer lugar la división del crédito hipotecario y el reparto de sus diferentes fracciones sobre las diversas fincas. Este método puede dar resultados satisfactorios en los casos en los que las fincas guarden cierta independencia entre sí. Pero muchas veces se trata de fincas que contienen negocios verticales de una empresa industrial (por ejemplo, una mina de carbón y una fábrica de briquetas; o una fábrica y una finca portuaria). En esta hipótesis se inutilizaría una finca con la pérdida de otra, forzosa consecuencia de su independización. En segundo lugar, proponen los abolicionistas la agrupación de todas las fincas hipotecadas en una sola finca. Pero este procedimiento fracasa si las diferentes fincas pertenecen a diferentes propietarios. Finalmente, no se puede impedir nunca que una sola finca hipotecada se divida después en varias fincas.

III. LA HIPOTECA DE AMORTIZACIÓN.—El abogado doctor Kaps publica en el *Deutsches Recht* (1941, págs. 51 y sigs.) un artículo sobre la hipoteca de amortización. En la hipoteca de amortización se amortiza poco a poco la cantidad debida a base de un plan de amortización mediante el pago de plazos anuales, abarcando el pago tanto los intereses como la cantidad destinada para la amortización. Dicha hipoteca ofrece al deudor la ventaja de cancelar de manera soportable su deuda; además suele prohibirse la denuncia del contrato por el acreedor mientras que el deudor paga puntualmente. Sobre todo, los Bancos hipotecarios suelen hacer uso de esta forma de hipoteca. Hay que distinguir con toda claridad lo que es interés y lo que es cuota de amortización en cada pago periódico. Puesto que la parte de la hipoteca cancelada por la cuota de amortización se convierte en una deuda territorial a favor de aquella persona que es el propietario de la finca en el momento del pago. He aquí uno de los inconvenientes de la hipoteca de amortización según el Derecho alemán, ya que de esta forma puede fraccionarse la deuda territorial en manos de diferentes personas. Para evitar esta consecuencia suele escogerse por ciertos institutos de préstamo del Derecho

público (por ejemplo, las llamadas "Landschaften"), un procedimiento diferente: la cancelación de la hipoteca no se realiza cada vez que se pague una cuota de amortización; más bien reúnense todas las cuotas en una cuenta especial, que representa una deuda del prestamista a favor del prestatario; con el pago de la última cuota de amortización el prestamista compensa su crédito con su deuda, y el propietario de la finca en aquel momento adquiere como deuda territorial del propietario la totalidad de la hipoteca de amortización. Se habla en estos casos de "Tilgungsfondhypothek" (hipoteca del fondo de amortización). El artículo del doctor Kaps abarca 15 puntos relacionados con la hipoteca de amortización (h. d. a.): 1. Concepto y plan de amortización; 2. Inscripción en el Registro de la Propiedad; 3. Los pagos anuales; 4. Consecuencias jurídicas del pago de las cuotas; 5. Cambio de propiedad y la h. d. a.; 6. Sucesión y la h. d. a.; 7. La renuncia del acreedor a la h. d. a.; 8. Concesión de un rango preferente; 9. La división de la h. d. a.; 10. El reparto de diferentes fracciones de la h. d. a. sobre las diversas partes de la finca hipotecada después de su parcelación; 11. La cesión de la h. d. a.; 12. La cesión de la deuda territorial del propietario al acreedor para renovar el crédito; 13. El embargo de la h. d. a. o de la deuda territorial del propietario; 14. El pago del deudor antes del tiempo fijado en el plan de amortización; 15. La h. d. a. en la subasta.

Convendrá dar un ejemplo de un plan de amortización, establecido para un capital de 100.000 pesetas:

Año de a.	Capital de partida	Cuota anual	Intereses de 4 %	A.	Capital restante
1	100.000	4.500	4 000	500	99.500
2	99.500	4 500	3 980	520	98.980
10	94.708,6	4 500	3.788,34	711,66	93.996,96
etc.					

En cincuenta y seis años la hipoteca resulta amortizada. Además de la devolución de las 100.000 pesetas de capital, paga el deudor en el curso del tiempo 152 097,13 pesetas de intereses.

Los inconvenientes de la h. d. a. en el Derecho alemán resultan de la fuente de tantas otras dificultades, o sea de la conversión de la hipoteca en una deuda territorial del propietario en razón de la suma de las cuotas de amortización. Además del peligro del fraccionamiento de la

deuda territorial en manos de diferentes personas, que fueron propietarios de la finca en el momento del pago de la cuota, nos encontramos con una continua inexactitud del Registro de la Propiedad, inexactitud sólo remediable mediante periódicas rectificaciones del Registro. Por tanto, propone el autor "de lege ferenda" la suspensión del principio de la conversión de una hipoteca en una deuda territorial para la h. d. a.

RODRÍGUEZ-VILLAMIL (JOSÉ MARÍA): *Legislación del impuesto de Derechos reales y sobre transmisión de bienes* (comentada y concordada).—Voluntas. Madrid, 1941.

El autor, Abogado del Estado en la Audiencia y Tribunales de Madrid, venía ya hace tiempo dedicando sus actividades a la materia y ha aprovechado sus estudios y conocimientos para ofrecer a los liquidadores del impuesto, Notarios, profesionales y público en general, un magnífico tomo de más de 600 páginas, en el que inserta, en primer lugar, el texto de la reciente Ley; en segundo término, la tarifa; después, el Reglamento, con un preciso y técnico comentario, y las acotaciones de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como del Económico-Administrativo Central, y, por último, las más importantes circulares de la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

Aunque, como el autor observa, el Ordenamiento comentado no define de una manera concreta la materia propia sobre la que recae el impuesto, y éste queda justificado por la potestad de la Administración pública y la fuerza coactiva con que puede señalarlo y hacerlo efectivo, supuesta la necesidad de medios que el Estado tiene para el cumplimiento de sus fines, hemos de reconocer que, dada la orientación del nuevo Derecho público, más bien se apoya la propiedad particular en las bases fundamentales de la Comunidad nacional y se concede a esta clase de impuestos una trascendencia social y una teleología peculiar al mismo tiempo que una perpetuidad presupuestaria.

De aquí el papel importantísimo que en la vida toda juegan tales imposiciones, la técnica propia que emplean, forzando a veces los conceptos y construcciones civiles, la complicación que su desenvolvimiento presenta y la necesidad en que todos estamos de compenetrarnos con sus preceptos.

El libro del Sr. Rodríguez-Villamil, por su honradez, factura y densidad, será para el Registrador un auxiliar de liquidación, para el

Notario un medio de adquirir fama y clientela y para el profesional un consejero indispensable en la tarea de patrocinar los intereses pecuniarios que se le encomienden.

LEO RÄAPE (Dr. jur.): *Deutsches Internationales Privatrecht* (Derecho internacional privado alemán). Dos tomos. Berlin, Franz Vahlen.

La colección "Nuevos libros de Derecho" que publica en Berlin la imprenta de Franz Vahlen nos ha enviado, sencilla y elegantemente encuadrados, los dos volúmenes en 8.^o de esta magistral obra, debida a la pluma de uno de los profesores de Hamburgo más conocidos en España, desde que, sobre la misma materia, ha redactado los profundos comentarios a la Ley de introducción del Código civil alemán (Staudinger's Kommentar zum B. G. B. Bd., VI, 2, 9, Aufl. 1931).

La obra lleva el subtítulo de "Aplicación del Derecho extranjero", con arreglo a los programas universitarios; está escrita para estudiantes y para maestros, y presenta a la consideración del lector el caso práctico, la realidad vivida. Es un Manual palpitante y fresco, no una colección de herbolario, y causará magnífica impresión a cuantos se figuran que la ciencia alemana había perdido el hilo de Ariadna en el laberinto de las cuestiones previas y de las calificaciones.

No obstante, dedica un centenar de páginas a la parte general, donde constantemente aparecen problemas que más tarde son desenvueltos en los tratados especiales.

Podemos resumir el contenido en la forma siguiente:

I.—Doctrinas generales (concepto, extensión, fuentes, literatura, normas de colisión, conexión, ciudadanía y domicilio, devolución y nuevo envío, estatutos, cláusula de reserva, orden público, limitaciones, cuestiones previas, calificaciones...).

II.—Parte especial.—Sección 1.^a Personas (capacidad y declaración de muerte-personas jurídicas).

Sección 2.^a—La forma de los negocios jurídicos.

Sección 3.^a—Derecho de familia: 1.^o, Matrimonio (celebración, esponsales, divorcio); 2.^o, Filiación (legítima, ilegítima, adopción, parentesco, tutela).

Sección 4.^a—Derecho hereditario (normas de colisión y competencia).

Sección 5.^a—Derecho de obligaciones: 1.^o, generalidades (autono-

mía, voluntad hipotética, conexiones auxiliares, etc., compraventas, fianza, enriquecimiento, créditos pecuniarios. delitos y cuasi-delitos); 2.º, obligaciones en particular.

Sección 6.º—Derecho de cosas: 1.º, en general, 2.º, cosas muebles (transferencia, prescripción, prenda, *res in transitu*, valores); 3.º, fincas.

Sección 7.º—Otros derechos absolutos, de autor, patentes, marcas, nombre, honor, propia imagen, etc.).

Por su precisión, claridad y carácter práctico recomendamos la obra a cuantos estudiantes se hallen en condiciones de traducir, aunque sea penosamente, el vocabulario alemán de jurisprudencia. Sus esfuerzos serán recompensados por los nuevos panoramas que se abrirán a su vista y por el dominio de la técnica jurídica que paulatinamente adquirirán.

Homenaje a Ernst Heymann. Parte primera (Weimar, Verlag Herm. Böhlau Nachfolger, 1940, pág. 312).

La ciencia alemana ha brindado al LXX aniversario del historiador del Derecho y del mercantilista Ernst Heymann un homenaje, que consta de dos partes: la primera, que tenemos a la vista, es dedicada a la Historia del Derecho; la segunda se ocupa del Derecho mercantil. Nuestra REVISTA, que, sin echar en olvido la Historia, concentra, sin embargo, su atención en primer lugar sobre el Derecho vigente, ha ofrecido ya al lector reseñas extensas de las aportaciones contenidas en la segunda parte del homenaje a Heymann (REVISTA, 1940, págs. 747 a 752; 1941, págs. 41 a 45). Nos incumbe, por ende, ahora la tarea de relatar brevemente lo más esencial de la primera parte.

La tabla de materias reúne los trabajos siguientes: Herbert Meyer: "Ehe und Eheauflassung der Germanen" (Matrimonio y concepción matrimonial de los germanos); Edward Schröder: "Pfahlbürger" (Ciudadanos fuera de las murallas); Albert Brackmann: "Die Anfänge des ältesten polnischen Staates in polnischer Darstellung" (Los principios del Estado polaco más antiguo, según la exposición polaca); P. S. Leicht: "Ultime menzioni delle ordalie e del Duello Giudiziario in Italia" (Últimas menciones de las ordalías y del Juicio

de Dios en Italia); Eberhard Frh. v. Künssberg: "Aus der Werkstatt des Rechtswörterbuch" (Del laboratorio del Diccionario jurídico); Eugen Wohlhaupter: "Die lokalen Fueros Aragons und ihre Verbreitung" (Los fueros locales de Aragón y su divulgación); Edmund E. Stengel: "Der Stamm der Hessen und das "Herzogtum" Franken" (La tribu de los Hessen y el "ducado" de Franconia); Hans Planitz: "Handelsverkehr und Kaufmannsrecht im fränkischen Reich" (El tráfico comercial y el Derecho de los comerciantes en el Imperio de los francos); Wilhelm Weizsäcker: "Der Böhme als Obermann bei der deutschen Königswahl" (El bohemio como persona decisiva en la elección del rey alemán); Hans Hirsch: "Das Recht der Königerhebung durch Kaiser und Papst im hohen Mittelalter" (El derecho a ser erigido rey por el Emperador o el Papa en la alta Edad Media); Reinhard Höhn: "Der Soldat und das Vaterland während und nach dem Siebenjährigen Kriege" (El soldado y la Patria durante y después de la Guerra de los Siete años).

Herbert Meyer parte de los capítulos XVIII y XIX de la *Germania*, de Tácito: "Y con todo, se guardan estrechamente entre ellos las leyes del matrimonio; que es lo que, sobre todo, se debe alabar en sus costumbres. Porque, entre los bárbaros, casi son los únicos que se contentan con una mujer, excepto algunos de los más principales, y eso no por apetito desordenado, sino que, por su mucha nobleza, desean todos, por los casamientos, emparentar con ellos. La mujer no trae dote; el marido se la da. Y los padres y parientes de ella se hallan presentes y aprueban los dones que la ofrece, y no son cosas buscadas para los deleites y regalos femeniles, ni con que se componga y atavíe la novia, sino dos bueyes y un caballo enfrenado con un escudo, una framea y una espada. Con estos dones recibe el marido a la mujer, y ella asimismo presenta al marido algunas armas. Todas las cosas, en el principio de sus casamientos, están avisando a la mujer: que no piense que ha de estar libre y no participar de los pensamientos de virtud y valor y sucesos de la guerra, sino que entra por compañera de los trabajos y peligros del marido, y que ha de padecer y atreverse a lo mismo que él en paz o en guerra. Esto significan los dos bueyes en un yugo, y el caballo enjaezado, y las armas que la dan: que de esta manera se ha de vivir y morir, y que recibe lo que ha de devolver bueno y entero, como se lo dieron, a sus hijos; y que es digno de que lo reciban sus nueras, para que otra vez lo den a sus nietos" (véase

traducción de la Colección Universal, núm. 85, págs. 23 a 25). Herbert Meyer combate la teoría según la cual el matrimonio se ha desarrollado de la compraventa de la mujer, y ésta del robo. La dote no es el precio. El marido no tiene la "propiedad" sobre la mujer. Se trata más bien de una verdadera comunidad entre personas iguales. Así lo revelan también las inscripciones en antiguas alianzas, que rezan de la siguiente forma: "Ich bin din, Du bist min, dez soltu gewiz sin" (Yo soy tuyo, tú eres mía; puedes estar segura de ello). El artículo contiene también advertencias interesantes sobre el matrimonio morganático.

Schröder desfiende la opinión tradicional de que "Pfahlbürger" significa "ciudadano fuera de las murallas", atacando una teoría más moderna que cree que dicho término designa al ciudadano falso.

Brackmann contradice a los historiadores polacos, que afirman que al nacer Polonia, desde 963 poseía una determinada independencia del Imperio alemán, ya que, sobre todo, Otto el Grande, demasiado ocupado en Italia, dejó la administración de Polonia al arbitrio de sus gobernadores. La dependencia del Imperio era meramente formal, según la opinión de los historiadores polacos.

Leicht prosigue la Historia del Derecho italiano respecto a las ordalías y al Juicio de Dios. Federico II restringió el duelo judicial a los casos del homicidio y de la lesa majestad (en sus "Constituciones Augustales"). Sin embargo, se conserva todavía, durante muchos siglos: por un lado, por razón de la existencia tenaz de las costumbres longobardas; por otro, por una errónea interpretación del concepto romano de *perduellio*, que condujo a la creencia de que en el Derecho romano hubiese sido admisible el duelo.

Künssberg nos cuenta del encanto especial que lleva consigo el trabajo para un diccionario jurídico.

Wohlhaupt enumera las diferentes familias de fueros locales y su adopción por los diversos pueblos. Así, nos describe la historia del fuero de Jaca, la del fuero de Huesca, la del fuero de Ejea, la del fuero de Zaragoza ("privilegio de los veinte"), etc.

Stengen combate la opinión tradicional de que Hessen fué, en la alta Edad Media, una parte de Franconia. El autor mantiene la independencia de Hessen, que en el Oeste del Reich constituía una puente entre el Norte y el Sur.

Planitz comprueba que se menciona por primera vez un *jus mer-*

catorum en un privilegio de Otto III en 994. El *ius mercatorum* se confiere sobre todo a las ciudades del Rhin (Colonia, Maguncia, etc.). Pero también hemos de tener en cuenta las ciudades del Danubio. Plannitz investiga la cuestión de si este *ius mercatorum* representa la continuación del Derecho romano o de si constituye un fenómeno nuevo. Savigny, Eichhorn y Dopsch mantienen el primer punto de vista. Plannitz opina, en cambio, que la época de Carlomagno realiza una ruptura con la tradición romana.

Weizsäcker analiza el papel del Rey de Bohemia en las elecciones del Rey alemán.

Hirsch diserta sobre el derecho de erigir Rey correspondiente al Emperador o al Papa.

Höhn afirma que antes de la Guerra de los Siete años (1756 a 1763) el concepto de la patria se refería sólo a funcionarios, ciudadanos y oficiales; en cambio, no poseían una patria los soldados. Durante la guerra cambió esta exclusión de los soldados de la patria. Por ejemplo, Federico el Grande, antes de la batalla de Zorndorf, arengó a los soldados: "¡Adelante, hijos míos; a morir conmigo por la Patria!" Pero la "patria" de los soldados es el mismo Rey. Después de la guerra pierde el soldado de nuevo la importancia que tenía en la guerra, y se ve, por consiguiente, de nuevo excluido de la patria.

WILLI SEIDEL: *Der Zivilprozessrichter und seine Abteilung* (segunda edición, Berlín-Leipzig-Viena, Deutscher Rechtsverlag, 1940, página 335).

Los tomos de la conocida serie "Deutsches Gerichtswesen" (Justicia alemana) abordan, en general, la materia basándose sobre las resoluciones judiciales que en ella recaen en la práctica. Así se logra la introducción a la práctica, a la cual sirve la citada serie. Este camino no resultaba factible para el Derecho procesal, por lo cual el autor elige la exposición sistemática de la indicada materia. La jurisprudencia, a diferencia de la literatura, es ampliamente tratada. El autor aborda también minuciosamente las reformas procesales producidas por la guerra. El profesor Schönke echa de menos en la obra, que tenemos a la vista, una alusión a la cuestión problemática de las relaciones entre la cosa juzgada y las buenas costumbres (véase "Deutsches Recht", 1940, página 632).

El nuevo Derecho español en la literatura alemana.

El "Institut für Arbeitsrecht an der Universitat Leipzig" publica, en su "Heft" (cuaderno) núm. 42, un trabajo del Doctor Hans Erbler sobre España. El título exacto es el siguiente: "Spaniens nationalsyndikalischer Verfassungs-und Sozialbau" (La estructura constitucional y social de la España nacionalsindicalista) (Weimar, Verlag Hermann Böhlaus Nachfolger, 1939, pág. 220). A la misma pluma se debe un artículo sobre "Neuerungen im nationalsyndikalischen Verfassungs-und Sozialbau Spaniens" (Innovaciones en la estructura constitucional y social de la España nacionalsindicalista), en la Revista de la "Akademie für Deutches Recht" (1940, págs. 145 a 147).

El libro de Erbler empieza con los 26 puntos de Falange Española Tradicionalista y de las J. O. N. S. y con el Fuero del Trabajo, en lengua española y alemana. La traducción alemana es excelente. A continuación trata Erbler de "España en su desarrollo histórico", terminando su exposición con el Glorioso Alzamiento Nacional. Luego se ocupa el autor del nuevo orden (del programa del Partido) y de la renovación social (del Fuero del Trabajo). El libro está muy bien documentado. Así tiene, por ejemplo, en cuenta el artículo de Prieto Castro sobre "el momento revolucionario del Fuero y sus líneas ideológicas" (*Revista de la Universidad de Zaragoza*, 1938, número de julio-septiembre) (véase REVISTA CRÍTICA, 1940, pág. 365). La obra fundamental de Ignacio Serrano y Serrano sobre el "Fuero del Trabajo" (Valladolid, 1939) (véase REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 54 y 55) parece ser posterior a la conclusión del libro.

Erbler concibe el "Fuero del Trabajo" como la Constitución social de la España Nacional (pág. 142) y como el primer cumplimiento del programa de renovación social contenido en los 26 puntos (pág. 144). El autor llama la atención del público alemán sobre la concepción española de la familia como "célula primaria natural y fundamento de la sociedad" (XII, 3), y desea la sustitución del término "sociedad" por el vocablo "comunidad del pueblo". Erbler cree, sin embargo, que la elección de la voz "sociedad" no se debe a la idea de un conjunto teórico-abstracto, sino a la tenacidad de la tradición liberal francesa en la terminología, mientras que, en el fondo, también España parte ya de la comunidad viva y concreta del pueblo (pág. 146). En el fondo,

existe también una completa coincidencia entre Alemania y España en lo referente a la segunda comunidad, que es la comunidad del trabajo (página 150). El trabajo no es una mercancía, como lo fué en el sistema liberal, contra el que ya se dirigen los grandes Papas León XIII ("Rerum novarum", del 15-V-1891) y Pío XI ("Quadragesimo anno", de 1931). Así se explica que el "Fuero del Trabajo" no habla en ningún sitio del "contrato" (Prieto Castro, l. c., pág. 14 y nota 16; Erbler, pág. 161, nota 1). Para el liberalismo, tanto el matrimonio como la relación de trabajo constituyen un contrato normal. El antiliberalismo conoce y reconoce la esencia particular de ambas situaciones, coincidiendo con las doctrinas católicas.

Sociedades personalistas y sociedades capitalistas.

El nuevo Derecho alemán combate las sociedades capitalistas por su carácter anónimo, que libera a los verdaderamente responsables de esta su responsabilidad, y prefiere las sociedades personalistas; por poseer calidades opuestas. Para conseguir un aumento de las sociedades personalistas dictó el Reich nacionalsocialista, el 5 de julio de 1934, dos leyes: una Ley que permite la transmisión de la fortuna de una sociedad capitalista a una sociedad personalista ya existente o creada para esta finalidad, sin que haga falta liquidación alguna, y una segunda Ley que da para esta operación las mayores facilidades tributarias. En lo sucesivo se dificultará por diferentes medidas la vida económica de las sociedades capitalistas.

Schwartzkoppen ("Akademie für Deutsches Recht", 1940, página 330 y sigs.) comprueba que, según la estadística de 1940, se han convertido 1.035 sociedades anónimas en sociedades personalistas. El capital de estas 1.035 sociedades anónimas asciende a 462,8 millones de marcos, mientras que las restantes 5.353 sociedades anónimas (en 1939) disponen de un capital de 20.335 millones de marcos.

A continuación diserta Schwartzkoppen acerca de las interesantes transformaciones que se han realizado, tanto en la estructura de la sociedad comanditaria, por un lado (cuya forma fué adoptada en 759 casos, en que se trataba de un capital de 357,1 millones de marcos), como en la de la sociedad anónima, por el otro. En la compañía en comandita han usurpado prácticamente los comanditarios el poder, convirtiendo a los socios colectivos en meros empleados. En la sociedad

anónima, han destronado, en cambio, los directores a los accionistas, de modo que ya no cabe hablar del carácter anónimo de dicha sociedad. Por tanto, debe escogerse para cada sociedad la forma que más idónea le sea en vista de sus finalidades económicas, sin tener en cuenta prejuicios de índole teórica.

ARRIGO SERPIERI: *Economía política corporativa*.—Traducción de la 2.^a ed. italiana, por José Vergara Doncel.—35 ptas, 341 págs.

La Editorial Revista de Derecho Privado ha puesto a la venta esta obra, que refleja las características de un profesor fascista de la Facultad de Agronomía de la Universidad de Florencia, en sus esfuerzos para conservar lo razonable del clásico sistema económico, desenvolver los principios en cauces matemáticos a la altura de los estudiantes que hayan cursado álgebra elemental, y remediar los defectos de las construcciones.

Como el autor paladinamente reconoce (pág. 49), la ideología liberal-individualista ha dominado a lo largo del siglo XIX en las naciones civilizadas, bajo la forma particular bautizada con el nombre de sistema capitalista, que ha provocado, o por lo menos no ha impedido, un gran mejoramiento en el nivel de vida. Pero desde la guerra de 1914 el funcionamiento del mismo no cesó de empeorar y de mostrarse cada vez más inadecuado para resolver de manera satisfactoria, o por lo menos tolerable, los problemas económicos.

Los discursos y escritos de Benito Mussolini, la *Carta del Lavoro* y la legislación sindicalcorporativa representan y concretan las aspiraciones del espíritu latino y tienden a organizar la Nación en el Estado fascista italiano sobre las siguientes bases (pág. 292):

a) Unidad nacional potente y expansiva; b), incremento de su población; c), alto grado de eficiencia militar; d), sólida cohesión de los componentes, eliminación de las fuerzas disgregadoras y reinado de la justicia social; e), constante preocupación de lo porvenir y de las futuras generaciones; f), autarquía económica

“El sistema corporativo no elimina del proceso económico, afirma el autor, la actividad individual o privada. Subsisten las explotaciones autonómicas, la diversidad de intereses, la libertad de emplear en una u otra forma trabajo y capital, la posibilidad de ahorrar o adquirir bienes de consumo, la de cambiarlos, provocando desequilibrios. Pero el régimen no abandona estos sectores de la actividad, sino que trata de dis-

ciplinarlos para que los individuos se conduzcan de conformidad con el bien nacional."

Los *novicios* encontrarán la obra tan clara como académica, y los profesionales de las ciencias políticas y económicas tienen mucho que aprender en los apartados referentes a la disciplina corporativa en cuanto actúa sobre la producción interior, la formación y empleo del ahorro, los tipos de interés o salario y las relaciones internacionales. bien nacional."

LA REDACCIÓN.