

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVII

Marzo de 1941

Núm. 154

La reforma del Derecho privado en
Alemania

(CONFERENCIAS DE D. NICOLÁS PÉREZ SERRANO EN LA
REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN)

La idea de Revolución viene proyectada históricamente en dos sentidos: por una parte, la palabra hace referencia a una serie de agitaciones convulsivas, de crímenes y violencias, y por otra, a unos postulados de reivindicaciones sociales que, según la época histórica, exige una determinada clase. Queda así la palabra revolución circunscrita a una esfera casi puramente económico-social, ya que cuando se tiñe de un colorante político, en el fondo no hay más que el anhelo de una clase de apoderarse de los tesores del mando para mayor garantía de la estabilidad de sus conquistas. De ahí el fondo conservador que lleva en sí latente toda idea revolucionaria.

Los movimientos modernos, llamados totalitarios, parten de la idea de una revolución nacional. Aparece, pues, un nuevo factor decisivo: la idea de Nación, de Pueblo, como determinante revolucionaria, y en vez de adoptar una organización política de acuerdo con lo exigido en un movimiento social (idea clásica), se trata de organizar las diversas clases sociales, y con ello la producción y el consumo, del modo que mejor sirva para la realización del destino histórico de un Pueblo.

Estamos, por consiguiente, por primera vez en la Historia, ante una revolución que áuna los conceptos sociales y nacionales, y que como primer postulado lleva la idea de supeditación de toda clase de

intereses al supremo fin de realizar una propia misión en lo Universal.

Tal idea no puede menos de producir una verdadera dislocación en las instituciones de un Pueblo. No solamente en el campo político, sino hasta en las esferas más apartadas y que parecían inmunes a toda experiencia revolucionaria. En lo político, acaso la fisonomía más acusada del siglo XIX era la de ser insuperable el régimen demoliberal. La idea del Parlamento era algo así como una cúspide que, una vez escalada, no hay que hacer más que conservarla. Por ese cauce había de ir toda reforma, pues la esencia del régimen queda como dogma. Esto produce, naturalmente, un encastillamiento, una osificación del Derecho público, al amparo del cual se construye todo el Derecho privado con materiales pesados y aire de eternidad.

La investigación en los "principios eternos" del Derecho romano, hace el resto, y conducido por Escuelas de Derecho, al frente de las cuales se muestran figuras geniales, se va edificando el Derecho civil con la pesadez y aire de eternidad de las pirámides egipcias, sin tener acaso en cuenta que esas colosales construcciones lo eran porque estaban destinadas a sepulcros.

A partir de la postguerra, y precisamente en momentos de suprema consagración de las ideas democráticas, cuando parece que se van a colocar los pilares definitivos al Derecho público y los Códigos civiles quedan consagrados, no ya por un profundo respeto, sino por verdadera veneración (piénsese en el Código de Napoleón), surge la era de las Revoluciones Nacionales que derriban aquellas colosales construcciones al primer empuje.

Frente a la idea a la que se sacrifica la realidad, se opone la realidad que legisla a través de una voluntad definida y concreta. Frente a la voluntad del pueblo manifestada por la delegación en unos diputados, se opone la voluntad del pueblo mismo encarnada en el Caudillo. Frente a la eternidad y pesadez de las construcciones jurídicas se opone el estilo ágil y cambiante conforme a las decisiones del Caudillo, que recoge las necesidades en todo momento.

Esta concepción del mundo y de la Historia produce un verdadero "choc" al invadir el campo del Derecho privado. Este Derecho es fundamentalmente tradicional, es fuente suya la costumbre, y se ha venido construyendo sobre derechos del individuo. ¿Cómo actúan las Revoluciones Nacionales en el Derecho privado? El tema es no ya sólo

sugestivo y atractivo, sino uno de los problemas de mayor envergadura que hoy pueden plantearse.

Para abordarlo es preciso una preparación filosóficojurídica extraordinaria y una sensibilidad siempre abierta a percibir los menores cambios de la realidad. Nadie mejor, por consiguiente, que D. Nicolás Pérez Serrano podía decirnos de qué modo se plantea en Alemania la reforma del Derecho privado, y así lo ha hecho en un pequeño cursillo en la Academia de Jurisprudencia.

Es de esperar que sus lecciones cristalicen en alguna obra que todos esperamos. Mientras tanto, hago estos extractos de sus conferencias, advirtiendo que no pretenden ni pueden ser un fiel reflejo de las exposiciones del Sr. Pérez Serrano. Aspiran solamente a ser un guión de los conceptos desarrollados que puedan servir de recordatorio al oyente y de orientación al que no pudo asistir.

I

INTERÉS Y ALCANCE

En la primera conferencia, el Sr. Pérez Serrano abordó el problema del alcance e interés de la reforma del Derecho privado en Alemania. Para ello, después de una breve introducción, en la que manifestó que su propósito era simplemente hacer un reportaje, una información de lo que ocurría en Alemania, con su espléndido historial y noble ejecutoria en el Derecho privado, señaló como momento en que la reforma del Derecho privado se plantea con todo su rigor, el año de 1937.

En dicho año, el profesor Lüben Dikow, de Sofía, publica una monografía, cuya traducción alemana lleva por título *Die neue Gestaltung des deutschen bürgerlichen Rechts* (traducción del Dr. Alexander Lane, prefacio de J. W. Hedemann; Duncker y Humblot; Munich y Leipzig, 1937), en la que se plantea el alcance y trascendencia de la revisión del Derecho privado. "Somos testigos—dice Dikow—de un magno intento: liberarse del cimiento romano para llegar a un nuevo Derecho civil universalista."

El primer problema que se nos plantea es la oportunidad de examinar la reforma. ¿No será prematuro este examen? Creemos que no, porque aunque siga vigente el viejo B. G. B. y no se haya promulgado el nuevo Código del Pueblo que ha de sustituir a aquél, y aunque la legislación sobre Derecho privado es actualmente escasa y fragmentaria, se han promulgado varias leyes originales, y sobre todo hay una

doctrina sólida que marca tendencias completamente nuevas en la Historia.

Pero, aparte de todo ello, justifica el tema de que tratamos el propio proceso de reforma, que acaso sea lo más interesante. Al igual que en Derecho romano, el máximo interés no está en la época en que se plasma y cristaliza en recopilaciones, sino en ir recogiendo a lo largo de su evolución histórica las diversas fases que atraviesa. Igualmente, dado que la labor de revisión ya realizada del B. G. B. en la Alemania nazi es insuficiente, los diversos estadios que la reforma ha de recorrer envuelven un interés decidido, y por eso nos ocupamos de ello.

Hoy se percibe en Alemania una intensa agitación de conceptos que necesariamente han de atraer nuestra atención y que justifican ésta, aunque por cualquier causa se frustrara la reforma anunciada.

El mejor título que se puede esgrimir para justificar la reforma en Alemania está en la propia trayectoria del Partido, que nace en momentos tristes para la Nación germana, y luchando en todos los terrenos y a costa de la propia sangre, consigue ser el segundo partido en 1930, el primero en 1932 y en las elecciones de 5 de marzo de 1933 alcanza más del 50 por 100 de los votos. Ya el Führer, en una proclama del Partido, había expuesto los fundamentos de la reforma, y el Dr. Frank ha dicho que nunca se conformó el Movimiento Nacional Socialista con alcanzar el poder para la política interior, sino que desea una transformación amplia y profunda del Estado, de la cultura y de la comunidad del Pueblo alemán.

No importa tanto la concreción del Movimiento en Alemania como el Movimiento en sí, que, por la esencia dinámica que lleva consigo, convulsiona todas las instituciones y, por tanto, la ciencia jurídica.

Hay que repudiar la palabra "Reforma" por modesta e inadecuada. Reforma significa corrección, retoque, revisión parcial, y la aspiración del Movimiento nazi es mucho mayor. La reforma supone una continuidad histórica y legislativa, y que esta continuidad jurídica no se rompa. Ninguna de estas dos notas aparecen en la reforma del Derecho privado que se fragua en Alemania. A la naturaleza de ella sólo le cuadra la palabra "Revolución". Ya la doctrina emplea esta palabra. Así, Wolf dice que "sólo es revolucionario quien nos aporta una nueva idea del Derecho", y vemos que coincide con algo que ya indicara el profesor De Diego: "La revolución política es un buen paso en el

camino de la transformación legislativa." El profesor Ortega y Gasset, por su parte, dice: "Lo menos esencial en la revolución es la violencia; la revolución no es la barricada, sino un estado de espíritu."

Vemos, por consiguiente, que estos movimientos de nuestros días se declaran revolucionarios. El profesor Rocco, en Italia, proclama el sentido revolucionario del fascismo; Freisler dice paladinamente que "el Movimiento Nacional Socialista es una verdadera revolución, porque transforma radicalmente a un pueblo", y Larenz, precisando el alcance de esta revolución, dice que "nuestra revolución no es como la francesa, que moldeó el mundo según una ideología previa, sino que arranca de la realidad, del poder creador que tiene la vivencia en comunidad".

Por tanto, si empleamos la palabra "*reforma*", hay que acompañarla del adjetivo "*revolucionaria*". Sólo así será adecuado el término.

El aspecto más delicado de la reforma del Derecho privado afecta al propio concepto. ¿Hay hoy un Derecho privado? Es el primer punto que discute la doctrina. Por lo pronto, y aunque sea en sentido negativo, tenemos una demarcación, pues se trata de Derecho *no público*, y, por otra parte, existen las instituciones clásicas del Derecho privado. Hay, pues, que ordenar el problema planteándose ante todo la cuestión de si hay un verdadero Derecho privado en un régimen totalitario.

En el Derecho privado clásico, los elementos que lo orientan son el predominio del individuo y el profundo respeto a la libertad humana. Todo era artificio del individuo, creado por él y para servir sus fines individuales. En este sentido, hoy no cabe, desde luego, hablar de Derecho privado. Hoy, en cierto sentido, todo es Derecho social.

En muchos sectores de la doctrina germana casi se le niega toda sustantividad al Derecho privado, más concretamente al Derecho civil.

De todos modos, siguen en pie las instituciones básicas del Derecho civil: familia, propiedad, contratos... De tal modo, que incluso varios autores que rechazan el término "Derecho civil" se ven obligados a adoptarlo provisionalmente a fin de entenderse sobre la limitación del campo a que extienden sus estudios. Además, ¿qué va a hacer el Movimiento Nacional Socialista ante estas instituciones clásicas del Derecho civil? No puede cruzarse de brazos ante ellas, porque, aparte de que traicionaría sus propios principios adoptando una actitud liberal, se frustraría la reforma total del Derecho, que no sería

eficaz si se prescindía del Derecho privado. Por ello la reforma de dichas instituciones ha de ser honda, y, como queda dicho, profundamente revolucionaria.

Ernst Rudolf Huber dice a este respecto que "las esferas del ordenamiento no tienen existencia independiente; son partes de un todo; la conexión íntima hace imposible una renovación del Derecho privado como problema aislado; va ligada íntimamente a la reforma del Derecho constitucional y del administrativo". Por lo demás, el propio Huber sugiere una clasificación espacial y funcional de las esferas del ordenamiento jurídico, distinguiendo por el primer motivo entre Derecho *estatal*, Derecho *estamental* y Derecho *común*. El Derecho estatal comprende la ordenación jurídica del Estado, y, por consiguiente, construye los organismos constituyentes del mismo. El Derecho estamental comprende la estructura y funcionamiento de sociedades y comunidades globales, es decir, aquellos organismos que sin ser el Estado mismo, ejercen funciones públicas. El Derecho común abarca la familia, la propiedad, los contratos, es decir, aquellas instituciones que han venido constituyendo la materia del Derecho privado, más concretamente del Derecho civil.

Junto a esta demarcación espacial hace Huber otra demarcación funcional, según que los elementos jurídicos se manifiesten en una situación horizontal, es decir, en identidad de posición, como sucede en los contratos, o, por el contrario, se manifiesten en posición vertical, en cuyo caso una parte tiene un predominio sobre la otra y da origen al Derecho imperativo, al "*jus cogens*". Al examinar estas demarcaciones, espacial y funcional, resulta que las esferas en que consideraba que se movían estos Derechos no coinciden, ni son concéntricas, sino que se entrecruzan, pues hay instituciones del Derecho estamental y del Derecho común que quedan sometidas al "*jus cogens*".

Lo que se puede afirmar hoy es que prevalece un primer rango, una primacía del Derecho público sobre el privado, que se tiende a una *publicitación* del Derecho privado, como sucedió en la época feudal, en que la propiedad originaba una serie de Derechos públicos y señoriales, ya que el propio rey medieval no era más que un propietario calificado.

El Movimiento Nacional Socialista afirma que hay que sacar con toda prisa al Derecho privado del colapso en que se encuentra. Hedenmann habla muy gráficamente de una "dolencia o cansancio del De-

recho privado", que adolecía de postración, acaso por haberse creído eterno e inmutable.

Es interesante estudiar cómo se opera la reacción antiindividualista contra el Derecho privado. Lange dice que el Derecho civil se había encapsulado. El siglo XIX captó a la burguesía y buscó como más firme para apoyarse el terreno del Derecho civil. Hoy es natural que se reaccione violentamente contra este encapsulamiento, contra la falta de vitalidad del Derecho civil. Hoy se ve que el Código civil sólo tuvo en cuenta los principios de libertad e igualdad, construyó siempre sobre generalizaciones, que muchas veces no eran sino falsificaciones, pues la realidad no admite esas generalizaciones de los viejos Códigos. Hay que volver a la realidad y atenerse a ella.

Hoy, en Alemania no es grata la expresión *Derecho civil*. Dicen que huele a burguesía, tal vez acentuado este carácter por la identidad de expresión con que se denomina en Alemania al Derecho civil y al burgués. Unos autores prefieren llamarle *Derecho común*; otros, *popular*; otros, *cívicopopular*, pero hay que reconocer que estas expresiones no siempre son afortunadas, hasta el extremo de que muchas veces se ven obligados a emplear el término *Derecho civil*, aunque sólo sea provisionalmente y condenando la expresión, a fin de poderse entender sobre el terreno que estudian. Sirva de ejemplo la publicación, hecha en 1938 por la Academia de Derecho alemán, que lleva el título global de *Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts*, y que, sin embargo, inserta trabajos donde ese calificativo de *bürgerlich* (civil) se repudia por varios autores de los que colaboran en el libro.

II

CONCEPTO POLÍTICO Y FILOSÓFICO-JURÍDICO DEL MOVIMIENTO

Después de la introducción expuesta, el señor Pérez Serrano empezó un estudio sobre las ideas y conceptos políticos y filosófico-jurídicos del Movimiento Nacional Socialista, a fin de sentar los pilares o cimientos que han de actuar como inspiradores de la reforma del Derecho privado, ya que sin un conocimiento, siquiera somero, de aquéllos, sería muy difícil o imposible comprender el alcance y sentido de la reforma alemana de dicho Derecho.

Todo el nuevo Derecho tiene raíces en el campo político. El Movimiento Nacional Socialista iniciado en 1919, tras persecuciones y muertes de sus afiliados, consigue por procedimientos democráticos, y

en ocasiones por la violencia, ser en 1933 el partido más numeroso de Alemania, por lo que el 30 de enero de 1933 recibe el poder, que revalida en marzo del propio año, con la trayectoria política de todos conocida.

Llega al poder con una serie de principios articulados, que ha ido desenvolviendo a lo largo de sus declaraciones, discursos del Führer, actas de Congresos, etc., y que podríamos resumir de esta forma:

1.º NACIONALISMO EXALTADO.—Es el punto primero y fundamental, que se sintetiza en la expresión *Volksgemeinschaft*. Este principio, ampliamente desenvuelto por Huber, no es propiamente, como parece decir el nombre en sentido literal, comunidad del *pueblo*, sino que más bien indica el sentido de comunidad *nacional*. Rechaza, por consiguiente, lo exótico y funda el Estado sobre el doble principio del territorio y de la raza, la sangre y el suelo, el linaje y la tierra. La idea fundamental, pues, es racial.

2.º ANTIINDIVIDUALISMO.—Como reacción contra las doctrinas liberales, la posición nazi es profundamente antiindividualista. El primer valor es la colectividad, a través de la cual se inserta el individuo. Este, por tanto, sólo se comprende como miembro de una colectividad y actuando a través de ella. Complementa este concepto un reajuste de la justicia social y una exaltación del honor, sentimiento, por otra parte, de la más pura estirpe germana.

3.º JERARQUÍA.—En oposición a la concepción democrática, se afirma el principio germano del caudillaje, el *Führerprinzip*, que va a informar toda la construcción estatal.

4.º ADICIÓN DEL SÉQUITO.—Este principio complementa la idea de caudillaje. Este no se concibe sin la adición (*addictio* = en el sentido de *consagrarse a*.) del séquito, como manifestación de lealtad espontánea, de adhesión sincera. Es también una idea clásica germana.

5.º TOTALITARISMO.—El Movimiento se proclama totalitario, es decir, niega rotundamente al liberalismo; no hay ninguna esfera en la que el Estado no tenga derecho a intervenir y a actuar.

Las consecuencias de los principios expuestos, en cuanto afecta al campo del Derecho privado, son:

a) Una profundísima xenofobia, que se manifiesta reaccionando enérgicamente contra los influjos que consideran extranjeros y mal introducidos en el pueblo germano. el Derecho romano, el Iluminismo o "Aufklärung" y el socialismo judaizante.

Contra el Derecho romano, la reacción, sobre todo, es exagerada. Dicen en primer lugar que no se introdujo el puro Derecho romano, sino un Derecho bizantino-longobardo, que era viejo hace ya quinientos años.

b) Un antiindividualismo acusadísimo. Tanto como reacción contra el liberalismo, como por recoger las tradiciones germanas, el individuo se desdibuja para pasar al primer plano la sociedad, la Nación, el Pueblo y otras comunidades.

c) El principio del caudillaje, que influye totalmente las relaciones de Derecho privado. Basta fijarse en las sociedades anónimas, donde desde la soberanía, como plena potestad de la junta general de accionistas, se va a la figura del gerente con plena libertad de acción y plena responsabilidad. Este principio en el campo de las sociedades anónimas, en realidad, ha salido de las fronteras alemanas para informar la realidad de otros países, como Francia después de su derrota.

d) Un marcado totalitarismo. La voluntad de las partes no es soberana como en el clásico Derecho privado del pasado siglo. El Estado interviene y regula todas las relaciones y nada queda fuera de su alcance.

e) Antirracionalismo. Como reacción contra dichos principios de la época pasada.

f) Finalmente, y como elemento propiamente indígena, el culto a la raza, al suelo y al honor.

Estas nociones políticas expuestas se complementan con una concepción filosófica del Movimiento expuesta por diversos autores, en especial por Binder y Larenz. Para exponer esta concepción brevemente tenemos que partir del aspecto negativo para llegar al positivo o de afirmación.

En el primer aspecto, el Movimiento Nacional Socialista repudia por igual al positivismo y al "jusnaturalismo". La posición positivista se rechaza, como es natural, por su materialismo; es incapaz de ninguna construcción, ni de encerrar dentro de sí ningún valor de categoría elevada. Al "jusnaturalismo" se le rechaza en sus dos vertientes, tanto en lo que respecta al de estirpe racionalista como a la corriente religiosa. Es cierto que a esta última se la trata con más respeto doctrinal que a la anterior, pero, en definitiva, es rechazada. Sostienen los alemanes que estas posiciones sólo sirven para conseguir construcciones que cada vez más se desprenden de la realidad, rompiéndose, en definitiva, toda ecuación entre ésta y la idea.

Rechazados por igual el positivismo y el "jusnaturalismo", afirman la posición germana, que es dialéctica: parte de la idea y de la realidad, adaptando aquélla a las necesidades de ésta. Es, por consiguiente, la posición filosófica nazi una posición dualista, no monista como las del idealismo subjetivo, y se basa en un idealismo objetivo.

Sentadas estas bases filosóficas, la idea del Derecho la refieren al sentimiento del Pueblo, sobre cuyo punto se tratará en la conferencia siguiente.

Estamos ante un Movimiento de una fuerza casi única en la Historia, que ha removido todo el edificio social, político, filosófico y que ha trazado nuevas rutas. La reforma que ello ha de llevar al campo del Derecho privado ha de ser, por consiguiente, total y de trascendencia inusitada.

III

ORIENTACIONES GENERALES

En la segunda conferencia continuó el señor Pérez Serrano examinando los grandes temas generales y el mecanismo de la reforma del Derecho privado en Alemania. Recordó las conclusiones establecidas en el día anterior sobre la repudiación por igual del "jusnaturalismo" y del positivismo jurídico.

El Movimiento Nacional Socialista se cataloga como un idealismo objetivo, en el que la idea toma carne de la realidad. Los autores germanos, según también se dijo, buscaban la esencia íntima de la idea del Derecho en el espíritu del Pueblo. Ahora bien, al llegar a este punto, se ataca por la doctrina moderna la posición de la Escuela histórica en la parte en que dicha Escuela suponía que el espíritu del Pueblo es algo que se forma por sí, algo que se da por sí mismo. Esta tesis es considerada hoy como una aberración, así como la posición opuesta de considerar al espíritu del Pueblo como algo abstracto, sin realidad ninguna, reducido a una pura idea, a una abstracción, en suma, a una entelequia.

Pese a la objeción de Weigelin en su "Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie" (1935), de que la fuerza normativa va a arrancar del hecho de convivir, para la doctrina nacional socialista el espíritu del Pueblo es algo vivo y real, y que realiza el destino histórico, es decir, la razón de ser, y que al ir actuándose sujeta y vincula a los ciudadanos.

Además, no es una idea general y vaga esta del espíritu del Pueblo, puesto que se trata del espíritu de *un pueblo*, formado por la sangre y por el suelo, por la estirpe y el territorio.

Claro es que toda esta nueva concepción desemboca, según el propio Larenz, en "un nuevo orden concreto", que acaso nadie ha estudiado mejor que Schmitt.

Schmitt distingue tres clases de criterios jurídicos, y en algún sentido de pueblos, según el criterio que haya dominado en su Historia: normativistas, decisionistas y ordinalistas concretos. Hay pueblos sin territorio, como el judío, los cuales se mantienen única y exclusivamente por un Gobierno de la ley propia. Sea cualquiera el territorio en que se encuentren, no pueden aceptar íntegramente las normas de este país, porque desaparecería como tal pueblo; tienen que mantener sus propias leyes y tradiciones formando un a modo de Estado dentro de otro. Su única fuente de existencia es la propia ley, que rige y ordena. Son pueblos normativistas.

El pueblo germano medieval es un ejemplo de pueblo institucionalista. En él existe el orden, y el instrumento de éste son las normas. No hace más que transcribir en una serie de normas concretas un orden anterior que existía de antemano. Es un ejemplo de pueblo que nemos llamado ordinalista concreto.

El decisionismo, según Hobbes, es la creación del orden por la libre decisión de la voluntad soberana. Un caudillo, al manifestar su voluntad, crea no solamente la norma, sino el propio orden a que aquélla ha de servir.

Los pueblos como la Alemania actual propenden, en el orden concreto, a dictar las soluciones más adecuadas a cada caso. Esto nos llevará un poco a la posición de Hauriou, y, sobre todo, a crear una serie de figuras típicas que servirán de modelo y que adoptarán la forma de "standards". Ya no será sólo el celoso administrador o el buen padre de familia, sino que surgirán una serie de tipos como los de buen labrador, valiente militar, competente funcionario, juez justo, honrado administrador, etc. Llegamos, por consiguiente, a la conclusión de que la Nación es un orden concreto creado por decisión de la voluntad soberana.

Ahora bien, el Derecho que va a regular todas las relaciones vitales de esa Nación, ¿está ligado íntimamente a la raza? Para la posición del Movimiento alemán es indiscutible. La totalidad de los ju-

ristas sostienen que hay que devolver a Alemania el Derecho alemán, injustamente olvidado y preferido por la acción del Derecho romano y adulterado últimamente a través de la Revolución francesa. Ya es bastante expresivo, en este aspecto, el punto XIX del programa del Partido del año 1924, donde se exige la supresión del Derecho romano (1).

Schönfeld, en su obra *Ueber den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz*, publicada en 1929, pondera el daño enorme que a Alemania causó el Derecho romano, porque éste es antitético, abstracto y aislante, y rompe la "enteridad", mientras que el Derecho tradicional germano subraya, sobre todo y ante todo, la más profunda unidad.

Freisler, en 1938, publicó su *Nationalsozialistischer Recht und Rechtsdenken*, en donde ataca también al Derecho romano-bizantino petrificado y rechaza los influjos politicoadministrativos de Francia, extraños al pueblo alemán.

Binder, en una obra publicada en 1937 (2), dice: "Todo Derecho viene condicionado por la peculiaridad del Pueblo; carece de sentido tomar a préstamo en otro pueblo el Derecho o la forma de Estado; con ello quedan juzgadas la Recepción del Derecho romano y la del democratismo occidental europeo".

La opinión que expone Larenz en su *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart* (1935) es análoga a las expuestas: "La ciencia alemana del Derecho es tanto filosófica como histórica y política. Históricamente, ha de extraer del seno de su propia historia los valores que sirvan para expulsar los influjos extranjeros."

El Barón de Schwerin se pregunta cómo calar en los cimientos del Derecho germano, aunque luego, a diferencia de los anteriormente citados, es muy cauto en sus conclusiones (3).

Ya en esta posición, acaso un poco más moderada, cabe recoger la expresión de Gauweiler en su obra *Rechtseinrichtungen der Bewegung* (1939), según el cual, el programa del Partido no aludía al Derecho romano clásico, sino al sistema de conceptos exagerado, derivado de fuentes romanas y desfigurado por la Escolástica, que penetró en Alemania en el siglo XV con el nombre de Derecho romano.

(1) Hay edición española, publicada por el Dr. Heiselmann (seudónimo del Profesor Valle y Pascual).

(2) "Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Erneuerung des Privatrechts", en la obra citada *Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts*.

(3) "Rechtsgeschichte und Rechtserneuerung", en *Zur Erneuerung ..*

Esta posición, por otra parte, es admirablemente expuesta por don Ursicino Alvarez Suárez en sus explicaciones de cátedra del curso de 1939-40.

Sin embargo, el Derecho romano dista mucho de estar totalmente suprimido en Alemania. De nada sirve que se le rechace como Derecho concreto, porque se volverá a introducir so capa de estudio histórico, y se sigue cultivando con amor, como ven muy acertadamente Kaser y Koschaker. Por otra parte, la imputación de culpa al Derecho romano hay que considerarla un poco exagerada. Sea Derecho romano puro, sea bizantino, sea longobardo, y admitido su extranjerismo, hay que reconocer que cuando un Derecho se asimila durante quinientos años, llega un momento en que hay instituciones en las que sería muy difícil admitir que es completamente exótico, pues el espíritu nacional se lo ha incorporado con el transcurso del tiempo y lo ha convertido en cosa propia. Va a ser, por tanto, muy difícil depurar el Derecho vigente de toda su tradición romana.

Pero además, aun suponiendo realizada dicha depuración, ¿sería esto suficiente para dar vigor al viejo Derecho germano? El Derecho actual, afirman todos los autores alemanes del Movimiento, ha de reunir dos caracteres: ha de ser *nacional* y ha de ser *popular*. Examinemos brevemente estas notas.

El Derecho nacional será aquel que dependa solamente de la sangre, de la estirpe, de la raza. Esto llevará a construir una nueva tabla de valores sustanciales conforme a la concepción filosófico-política nazi, que examinamos anteriormente. Algunos de estos valores se han ido ya concretando. Freisler, en su obra, ya citada, *Nationalsozialistischer Recht...* (pág. 57), establece las siguientes normas: "En el orden moral, el primer mandamiento es este: *Cuida de la pureza de sangre*. Y en seguida: *Sirve y sacrifícate*. Y después: *El bien general priva sobre el personal*. Y añade: *Cuida y vigoriza la fuerza vital del Pueblo en el todo y en ti, que eres miembro de él*. Y finalmente: *Defiende los valores sustanciales de la vida del Pueblo: su suelo, su Estado*. Al hacerlo así—agrega luego el Derecho—proteges el honor: el del Pueblo, el de la familia, el tuyo, y cumples el mandamiento supremo de la vida. Los valores fundamentales del Derecho son, pues, Raza, Honor, Trabajo, Suelo y Estado."

Y Gauweiler (obra citada: *Rechtseinrichtungen der Bewegung*:

página 149) razona en análogo sentido para fundar el Derecho en "la Raza, la Tierra, el Trabajo, el Imperio y el Honor".

La segunda nota asignada al nuevo Derecho es la de popularidad. El viejo Derecho y los viejos juristas empleaban un lenguaje un poco sibilino, de cábala, y esto hacía que el pueblo se considerase un poco distanciado de ellos. El nuevo Derecho—dicen—ha de ser asequible al pueblo, modificando totalmente ese viejo lenguaje de tecnicismos, a fin de que sea asequible para todos. La única objeción que se podría hacer a esta posición es la de preguntar si ese Derecho así popularizado, despojado de su tecnicismo, podría conservar toda su eficacia. Manigk, en su *Neubau des Privatsrechts* (1938), dice que, al modo como el Pueblo quiere buenos médicos, pero no le interesa la razón científica de la receta, también necesita buenos jueces, pero no le importa averiguar si el Tribunal aplicó el concepto de relación obligacional o el de contrato.

Lo que sí cabría, desde luego, sería una distinción según el destinatario de la norma, ya que ésta puede ser aplicada por una autoridad o directamente por quien está alejado de los problemas jurídicos. Basta pensar en que no es lo mismo un precepto de técnica hipotecaria que las reglas sobre Derecho de familia.

En el nuevo Derecho, fragmentariamente publicado, aparecen algunas disposiciones que desde luego se apartan radicalmente de los viejos moldes clásicos. Así, el artículo 56 de la ley de Patrimonio hereditario de 1933 (*Reichserbhofgesetz*) dice que "cuando surgieren dudas en la aplicación de la presente Ley, el Juez resolverá con arreglo a la finalidad de la misma, expresada en el preámbulo". Este preámbulo, que pasa así a la categoría de fuente legal como Derecho subsidiario, recoge varios de los principios que venimos estudiando: "El Gobierno del Reich quiere, conservando las viejas costumbres hereditarias alemanas, mantener a la clase agrícola como generadora de la sangre del Pueblo alemán." "Debe procurarse una división sana de los latifundios agrícolas, pues la mejor garantía de la salud del Pueblo y del Estado la constituye..." "Sólo puede ser hacendado el que sea ciudadano alemán, tenga sangre alemana o de estirpe análoga y sea honorable."

Este precepto, de profunda originalidad, nos lleva a tratar del problema de las fuentes del Derecho en el Movimiento Nacional Socialista.

El autor que más ha profundizado en este problema es, sin duda alguna, Hildebrant, y hace la siguiente distinción:

a) Fuentes de declaración de Derechos, que son las primordiales; y

b) Fuentes que completan el Derecho ya declarado.

Sobre estos dos grupos hay una fuente originaria, una "Urquelle", a la que habrá que remitirse constantemente, y que es la conciencia del Pueblo alemán.

En el primer grupo, o fuentes de declaración, hay que hacer dos apartados y distinguir entre aquellas fuentes de Derecho inmediato, que son el Derecho de los hechos y el Derecho consuetudinario, y el Derecho mediato, constituido por la Ley y las "Vereinbarungen".

En el examen de las fuentes, vemos que el Derecho alemán ha relegado la Ley a un lugar secundario, destronándola de la primordialidad, casi exclusiva, de que ha venido gozando durante algunos siglos. Por otra parte, la propia técnica de las fuentes ha sido revisada, y Hildebrant llega a las siguientes conclusiones:

1.^a Hay que rechazar la analogía. Las reglas del Derecho se dan para casos concretos, y no es lícito abstráerlos y aplicarlos a casos distintos de aquellos para que se dictó.

2.^a En caso de laguna legal, para suplirla hay que acudir a la fuente originaria. La función del Juez consiste en extraer en cada momento de estas esencias la norma legal aplicable al caso.

3.^a Procede también rectificar totalmente el concepto de la Ley. Ya el Profesor Schmitt, en un magnífico artículo publicado en julio de 1935 en la *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, apunta los defectos tradicionales en que la Ley había incurrido. Estos defectos los sintetiza en tres puntos, a saber:

1.^o La Ley se refiere siempre al pasado, porque administradores y jueces la aplican atendiendo a una voluntad legislativa manifestada de pretérito y que no pueden alterar.

2.^o La Ley, a virtud de la separación de Poderes, y por no referirse nunca a casos concretos, queda supeditada a la ejecución ulterior, pues el legislador, aun siendo omnipoente, no tiene súbditos directos a quien mandar.

3.^o La Ley no se acomoda por todo ello a la idea viva de un Plan en vías de realización.

Por ello dice Schmitt que el nuevo Estado alemán va, pues, al

restablecimiento del concepto aristotélico de Ley, porque lejos de es-
cindir lo legislativo y lo ejecutivo, considera que la legislación es pre-
cisamente la tarea propia del Gobierno.

Pero, sin duda alguna, uno de los problemas que más vivamente se plantean en esta concepción es el de la misión del Juez. Dos posiciones extremas pueden sostenerse: una la del Juez atado, más que sometido, a la norma, dedicado a una labor de exégesis de las leyes, y la otra es la del Juez creador del Derecho, posición que ya defendió la Escuela libre.

Ya Ortega y Gasset, refiriéndose a la posición del Juez esclavizado por la Ley, decía que el que juzga no entiende. El Juez, tradicionalmente, se ha movido siempre dentro del campo exclusivo de la técnica, a la cual ha sacrificado la vida misma del Derecho, porque "la Justicia mecaniza, falsifica el juicio para hacer posible la sentencia".

En el Movimiento Nacional Socialista, por el contrario, aunque el Juez sigue sujeto a la Ley, lo que sucede es que, al ser ésta cambiante (por estar ligada a la voluntad del Führer, el cual, en todo momento, expresa las necesidades de la vida y la realidad de su pueblo), resulta que esta Ley ya no tiene el concepto rígido y petrificado de antes, sino que es algo más flexible y en todo momento mudable, por lo que refleja la realidad y nunca se podrá sacrificar la vida a la técnica.

Respecto al predominio de la técnica, a la que se sacrifica la vida y, en último término, la idea de la Justicia, es de notar que ya Lesage decía en su *Diable bôiteux* irónicamente: "Ce qu'il y a d'admirable dans la science des lois c'est qu'elle fournit des armes pour et contre"; y, desde un punto de vista más serio, Tomasius, en su *Programma de causis inutilium doctrinarum in studio jurisprudentiae*, recordaba que "cerebrini iurisconsulti habendi sunt, qui, quum legunt debent esse interpretes, ius, in quo versantur, strenue ignorant, et controversias quotidie obvenientes ex ratione cerebri sui sine lege decidere allaborant".

Dado el nuevo concepto de la Ley, de la interpretación y de la función judicial, cabe preguntarse si se va a una jurisprudencia de intereses, que de antaño viene defendiendo Heck.

Ante este derrumbamiento de todo el concepto clásico de las fuentes y de la función judicial, se plantea, acaso un poco angustiosamente,

el problema de la seguridad jurídica. ¿No será de temer que se rompa ésta?

El Derecho nacionalsocialista no vacila en afirmar que sacrifica la seguridad del Derecho a la Justicia. Sostiene que la técnica complicada y severa, la Ley rígida, etc., sólo pueden amparar al hombre de mala fe, ya que al que es honrado le basta con su conducta. No obstante esta posición, las objeciones formuladas son serias y dignas de considerarse. No cabe duda que hay preceptos, como el del artículo 1.473, párrafo segundo, de nuestro Código civil, en caso de doble venta, el cual, por la naturaleza misma de la cosa, es difícil que sea fácilmente asequible al Pueblo; y, sin embargo, parece que la propia seguridad es la mayor garantía de justicia.

Esta contradicción tratan en cierto modo de superarla los autores alemanes, hablando de la estática y de la dinámica en el nuevo Derecho. Spengler, en la *Decadencia de Occidente*, decía que "seguimos empleando un Derecho de cuerpos, y que es necesario acudir a un Derecho de funciones".

Recogiendo esta corriente, Volkmar, en *Zeitschrift der Akademie* (julio de 1935 y apostilla en septiembre del propio año), afirma que el Derecho ha de ser dinámico; el mundo antiguo fué estático, y por eso, si bien produjo obras de arte, son frías y sin vida. No se pueden comparar los restos de pinturas que conocemos de la antigüedad con la vida que tiene un lienzo de Durero, ni la serenidad fría y sin alma del Partenón con la vitalidad de una aguja gótica, y esto mismo sucede en todos los órdenes del espíritu, en el campo de las matemáticas, de la escultura, de la física, etc.

Otros autores discrepan de esta posición de Volkmar, defendiendo este autor su punto de vista, diciendo que la δύναμις no es la fuerza solamente, sino el movimiento.

¿No habrá en todo esto que examinamos un poco de reacción romántica? Es muy posible que sí. Recordemos que Gierke, en su *Der Humor im deutschen Recht* (segunda edic. Berlín, 1886), cuando se duele de que hayan desaparecido los elementos típicos del primitivo Derecho, concluye, sin embargo, amargamente: "La Historia no se deja torcer; y lo que de estas cosas se pierde una vez, queda perdido para siempre."

ELISO GARCÍA DEL MORAL.

Notario
Miembro del Instituto de Estudios Políticos

Datos para el estudio de la Testamentaría de los Reyes Católicos

III.

B) OBJETIVIDAD LEGAL.—Las leyes relativas a las formas y solemnidades de los actos deben ser apreciadas por la Ley vigente en el tiempo que ellos se realizaran (1). Conviene a nuestro modesto estudio señalar las normas vigentes al otorgar su testamento la Reina Católica y exponer los precedentes del Derecho de Roma, que tanta influencia tuvieron, por su valor científico, en la redacción del castellano e inmortal Código de las Siete Partidas.

En el Derecho de Roma.—Los testamentos del antiguo *ius civile* fueron: el *calatis comititis*, el *per æs et libram* y el *in procinctu* (2). El Pretor, por su parte, crea un sistema testamentario propio, más sencillo, prometiendo en el Edicto la concesión de la *bonorum possessio secundum tabulas* a la persona instituida heredera en un testamento escrito, simplemente sellado por siete personas (Gayo, Com. 2, 119), que podía ser, desde luego, impugnado por los herederos del *ius civile*, defendida por el *bonorum possessor* desde Antonino Pío, mediante una *exceptio doli* (Gayo, Com. 2, 120); nació con ello un testamento de tipo escrito con siete testigos, que recibió el nombre de *testamentum iure prætorio factum* (Paulo, Sent. 4, 8, 2). En la época postclásica parecen coexistir las formas testamentarias escritas civiles y pretorias, diferenciadas sólo por el número de testigos, cinco y siete, respectivamente.

(1) Valverde, Derecho Civil, I, p. 113.

(2) Las tres formas que acabamos de citar, muy conocidas por los lectores de esta REVISTA, no interesan a nuestro estudio.

Una constitución de Teodosio (C. 6, 23, 21) permitió el testamento escrito *cerrado*, ante siete testigos, que debían firmar con el testador y sellar a la vez, sin romper la unidad del acto. Por la misma época aparece el testamento otorgado ante funcionario (1).

En el Medievo de nuestra Patria.—El Fuero Real no determina el número de testigos en el otorgamiento del testamento.

Las Partidas exigen siete testigos: *nuncupativo* y *cerrado*, sin Escribano.

El Ordenamiento de Alcalá ordena la concurrencia de tres testigos cuando el testamento se otorgue con Escribano público, y cuando el Fedatario no intervenga deberán concurrir al otorgamiento cinco testigos vecinos del lugar donde se otorgue el testamento. Dicha disposición del célebre Ordenamiento de Alcalá proyectó su luz en nuestro vigente Código civil: artículos 694 y 700.

El Ordenamiento de Alcalá no distingue entre testamentos *abiertos* y *cerrados*; en su defecto, había que acudir a las Partidas: "... é los pleitos, é contiendas que se non pudieren librar por las leys deste nuestro libro, é por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leys contenidas en los libros de las siete Partidas, que el Rey Don Alfonso nuestro Visabuelo mandó ordenar, como quier que fasta aquí non se falla que sean publicadas por mandato del Rey, nin fueron avidas por Leys" (2). Y para los testamentos *cerrados* se seguía la solemnidad determinada por las Partidas en cuanto al número de testigos.

Respecto del testamento *cerrado*, disponen las Partidas que el testador ha de escribirlo por su mano o hacer que otro lo escriba—en su *poridad: secreto*—. Se ha de cerrar el escrito con siete cuerdas, de manera que queden pendientes para poner siete sellos, y dejar tanto pergamino en blanco que puedan los siete testigos, exigidos en este testamento, escribir sus nombres. Después de esto, el testador debe llamar y rogar a los testigos y mostrarles el escrito doblado, diciéndoles: este es mi testamento, y os ruego que escribáis en él vuestros nombres y que lo selléis con vuestros sellos. También el testador escribirá

(1) Explicaciones de Derecho Romano del profesor Dr Sasera (D. Ricardo) y brillante trabajo de su discípulo profesor Sánchez Peguero (D. Carlos) en *Manual de Derecho Romano* Edi. Zaragoza, 1940; págs. 277 y 278.

(2) Ver en el *Ordenamiento de Alcalá* el título XXVIII. Ley primera, de donde obtuvimos las frases entrecerrilladas. Página 699 de la obra *Códigos Antiguos de España*. Edi. Madrid, 1885.

su nombre después de los testigos, diciendo: "Otorgo que este es el testamento que yo fize é mandé escribir" (1).

Las Leyes de Toro repitieron para el *testamento abierto* la disposición del Ordenamiento de Alcalá: Escribano y tres testigos. Y exigieron para el *testamento cerrado* Escribano y siete testigos. Esta norma fué aprobada en el reinado de la Reina Católica, pero no fué promulgada hasta después de fallecida la egregia señora, formando parte de una colección general de Leyes del Reino.

El testamento de Doña Isabel I, la Católica, como ya se dijo, era *cerrado*, autorizado por el Notario Gaspar de Gricio y por *siete* prestigiosos testigos (2).

No faltaba a lo dispuesto por el Ordenamiento de Alcalá: "... en *qualquier* manera con Escribano público deben y ser presentes a lo ver otorgar tres testigos *a lo menos* vecinos del logar do se fiçiere" (Ley única, tít. XIX). *A lo menos*, luego pudo haber siete testigos, de acuerdo con la constitución citada de Teodosio, brillo áureo del Derecho de Roma: y con la disposición de Derecho supletorio de las Partidas (Ley II, tít. I, Partida sexta (3).

El testamento estaba debidamente otorgado, pero además debemos consignar algo que no vemos estudiado en los profesores de Historia del Derecho.

Las Leyes, denominadas luego de Toro, deben su origen a la supplicación de los Procuradores de las Cortes de Toledo de 1502: "todo visto y platicado por los del Consejo de sus Altezas—los monarcas—y Oidores de su Audiencia".... "Tenían acordado—los Reyes Católicos

(1) Partida sexta. Ley II, título 1º, pág. 574, de la obra cit *Códigos Antiguos*. También Minguijón Adrián (D. Salvador), *Explicaciones de Historia del Derecho y en Historia del Derecho Español* Col. Lab. 2.º edi., págs. 162 y 163. Fernández Casado *Tratado de Notaría*, t. 2.º, pág. 35. Edi. 1895

(2) Los testigos del testamento de la Reina fueron: D. Juan de Fonseca, Obispo de Córdoba; D. Fadrique de Portugal, Obispo de Calahorra, D. Valerián Ordóñez de Villaquirán, Obispo de Ciudad Rodrigo, el doctor Pedro de Oropesa, del Consejo; el doctor Martín Hernández de Angulo, Arcediano de Talavera; el licenciado Luis Zapata, de su Consejo, é Sancho de Paredes, su camarero. "los cuales vieron firmar a la Reina, é sellarlo con su sello é cerrado, lo sobreescribieron de sus nombres, é sellaron con sus sellos".

(3) No se exige la intervención de Escribano; en cambio, es obligatoria la intervención del Escribano con siete testigos en el testamento del ciego. Ley XIV, tít. I, Partida Sexta.

cos—de mandar publicar las dichas leyes... por la dolencia de la Reyna mi Señora madre, no hubo lugar de se publicar *como estaba por ellos acordado...*" Y se refrendan esas 83 Leyes de Toro, la Ley III, con el testamento de la Reina: "... en el testamento cerrado que en latín se dice *in scriptis*, mandamos que intervengan a lo menos siete testigos con un escribano; los cuales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento ellos y el testador". Esta es la formalidad que acepta la Reina Isabel I, quien da a su testamento, en varios lugares de su texto, carácter de Ley (1). Las 82 Leyes restantes se promulgan en Toro a 7 de marzo de 1505, y se ratifica y promulga aquélla al declararse por las citadas Cortes Ley del Reino el acto *mortis causa* de la gloriosa testadora.

Para que no falte el lazo que une el testamento y la pragmática de publicación de las Leyes de Toro, es el mismo ilustre Fedatario Gaspar de Gricio, el que refrenda la pragmática. Después de "Yo el Rey", en ésta, "Yo, Gaspar de Gricio".

El estudio del testamento de Doña Isabel I enseña la perfección del formulario de la Notaría del Medievo—las Partidas, por ejemplo—, no superado en nuestros días para los actos *mortis causa*.

La fórmula que antecede a cada firma de testigo es de las Partidas. El Doctor Pero de Oropesa, testigo, dice: "E lo sellé con el dicho sello del dicho Doctor Angulo, por no tener sello—*Petrus Doctor*" El caso estaba previsto en la legislación de Partidas (2).

F. GÓMEZ DE MERCADO

Notario. Académico correspondiente de la Real Academia de la Historia

(1) Diego José Dorner, en *Discursos varios de Historia*, afirma que después de la firma *Yo la Reyna* estaba el sello de las armas reales impreso con cera colorada, y que en las espaldas del testamento estaban colgados siete sellos é cada uno de ellos pendía de su sobrescrito.

Los sellos fueron arrancados por los franceses en el siglo XIX. Ver Antonio de Nicolás, ob. cit., nota pág. 452.

(2) Debo advertir a los juristas de un error lamentable Han quedado muchos deslumbrados por la magnífica tela de Eduardo Rosales: *Doña Isabel la Católica dictando su testamento*, precioso trabajo pictórico que honra el Museo de Arte Moderno de Madrid, edificio de Bibliotecas, paseo de Recoletos. Como trabajo histórico es lamentable. En la Academia de Jurisprudencia se dió una conferencia sobre este testamento. Ver Edi. Reus, 3 mayo 1922 publicaciones de la docta Academia. Y el ilus-

tre disertante decía: "Hallábase doña Isabel I, cuando lo dispuso, acompañada del Rey y de la Princesa doña Juana, del gran Cardenal Cisneros, del Escribano Gricio y de los demás testigos, como lo representa el cuadro de Rosales, tan conocido, cuadro que, igual que del testamento, podría reproducir el otorgamiento del codicilo, autorizado por el mismo Escribano en 23 de noviembre" (Página 10) Pues bien: D. Fernando no estuvo presente ni cuando dictó la Reina ni cuando se otorgó el instrumento público. El Rey no quiso causar la menor coacción a la Reina. Ver *Correspondencia de Gutierre Gómez de Fuensalida*, Embajador en las Cortes de Maximiliano, doña Juana la Loca y Catalina de Aragón; elegida por Paz y Meliá y publicada por el Duque de Berwick y de Alba. Madrid, 1907, págs. XLIV y XLV.

La Princesa doña Juana no estuvo en el otorgamiento, estaba en Flandes. "En marzo de 1504 se despidieron y se vieron por última vez doña Isabel y su hija, que embarcó en Laredo para reunirse con D. Felipe en Flandes" Ver *Isabel la Católica*, César Silió Cortés. Edi. Santarén, Valladolid, 1938, pág. 488, y Mariana: *Historia de España*. Edi. Valencia año MDCCXCVI; impresor Monfort. t. IX, fol. 132. "No se logró, a pesar de las instancias del Embajador Gutierre Gómez, que volvieran los Príncipes a España, como pedía la Reina."

"Del gran Cardenal Cisneros" es otro anacronismo. Llegó Rosales—ver sus boletos en dicho Museo, cuadro 49—a ponerle con púrpura, si bien luego se la quitó en el cuadro definitivo. Pues bien, el instrumento estudiado hablaba del albacea Cisneros y le llama tan sólo Arzobispo de Toledo. El capelo cardenalicio lo logró para Cisneros el Rey Católico después de fallecida su primera esposa y ya contraídas nupcias con doña Germana. "fue investido del capelo que el Rey había impetrado de la Santa Sede y traído para él." Ver abundante documentación de Modesto Lafuente. *Historia general de España*, t. X., Edi. MDCCCLIII, pág. 335, y Mariana, en el tomo XV, página 45, Edi. ilustrada, notas de Sabán, Madrid, MDCCCXX. De otros errores lamentables, ver mi libro sobre el testamento de la Reina Católica.

Rosales quiso "hacer una apoteosis de los Reyes Católicos". *Eduardo Rosales*, por Bernardino de Pantorba. Madrid, 1937.

Cotarelo, biógrafo de Rosales, dice: "Deza es el eclesiástico vestido de azul" en dicho cuadro. Otro error. Deza no tenía por qué estar en el otorgamiento de la Reina Católica.

La objeción de que no era el otorgamiento y sí *dictando* es otro error. Para dictar un testamento *cerrado* sobre personal. Había cláusulas muy delicadas que afectaban a los grandes. Y como otorgamiento, faltan testigos.

En los Colegios Notariales y en muchos despachos se han puesto reproducciones de la bellísima tela. Tengamos en cuenta que no es histórica, que no estudió Rosales el instrumento público a que nos referimos y pongan dichos Colegios en sitio de honor copia literal del testamento de la Reina, y de los comentarios que se vayan publicando y que lo merezcan.

El artículo 17 de la Ley de Reforma Tributaria

El artículo 17 de la Ley de Reforma Tributaria y sus normas aclaratorias (O. de 11 de febrero último) imponen, como es sabido, al Liquidador-Registrador la obligación de enviar a la Delegación de Hacienda relación mensual de las transmisiones y obras nuevas INSCRITAS. Se adivina en este precepto el natural deseo del legislador de ir relacionando el Registro con el Catastro o Amillaramiento en su caso, o por lo menos de obtener los datos para ello y para cimentar un Registro General de Patrimonios. Loable y lógica disposición. Lo que no acertamos a comprender es por qué se limita esa relación a las transmisiones *inscritas*. ¿Olvida el legislador la importancia que aún tiene la propiedad no inscrita en algunas regiones, para provecho de los aficionados al pleito pionero y de los sistemáticos defraudadores de los impuestos? ¿Se deja libre, deliberadamente, de las nuevas trabas fiscales al documento no inscrito, creándole así una situación de privilegio caprichoso y pernicioso?

Si la intención es fiscalizar (se niega la máquina a escribir "controlar") la riqueza inmueble y sus transmisiones y conseguir una mayor perfección en la contribución territorial, debe empezarse por someter a las normas nuevas los documentos privados o públicos no inscritos, mientras se logra una fórmula hábil y viable de inscripción obligatoria. Con el artículo 17 citado se dará el caso de que Oficinas que han liquidado cientos de transmisiones de inmuebles no tengan relación que enviar a las Delegaciones de Hacienda; y los Centros rectores no tendrán una idea ni aproximada del movimiento de la riqueza inmobiliaria nacional, y mucho menos de los titulares de esa riqueza, pues los datos de la liquidación del Impuesto son, para esto, totalmente insuficientes.

B. MENCHÉN.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1940.—*Documento auténtico y artículo 1.079 del Código civil.*

1) Una certificación de una liquidación provisional de la partición presentada a los efectos fiscales y sujeta, por tanto, a las fluctuaciones de las operaciones testamentarias hasta su terminación, no reune las condiciones de documento auténtico.

2) Por las atinadas razones, que contienen los fundamentos adicionados por la Sala sentenciadora para denegar la inclusión de las partidas que la recurrente ha pretendido en el cuerpo del caudal hereditario, se demuestra cumplidamente que no podían serlo por tratarse de partidas no liquidadas aún al fallecimiento del causante y cuya omisión no puede, por tanto, esgrimirse para impugnar la partición ni producir otro efecto que las reservas hechas respecto a unas por el contador dirimente y en la sentencia recurrida, y respecto a otras ser cifradas como lo han sido, según afirma el Tribunal "a quo", en la rendición de cuentas hechas por el albacea con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.079 del Código civil, el cual, lejos de haber sido interpretado erróneamente, ha sido rectamente aplicado en la sentencia de instancia al estimar que la inclusión de las partidas discutidas en la cuenta de partición era la manera de computarlas para que no sufrieran perjuicio ninguno los interesados en la herencia como partípices de parte alícuota.

SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1941.—*Artículo 1.462 del Código civil.*

Al principio repite el Tribunal Supremo su conocida jurisprudencia, según la que el recurso de casación, interpuesto al amparo del nú-

mero 1.º del artículo 1.692 de la ley Procesal, deberá fundarse en infracción de normas sustantivas, sin que pueda apoyarse en preceptos de carácter rituaria o adjetivo. El segundo Considerando reza así: "Que la tradición instrumental, admitida por nuestro Código civil en el segundo párrafo del artículo 1.462, si bien lleva consigo por presunción *juris tantum* el transferimiento de la posesión jurídica, que hace adquirir la propiedad de la cosa, no implica necesariamente la adquisición *ope legis* de la tenencia de la misma, y si los vendedores, no obstante la existencia del contrato, y con posterioridad a su celebración, continuaran ocupando el inmueble, por tolerancia del comprador, sin pagar merced, como ocurrió en el caso origen del presente recurso, es indudable que tienen la condición de precaristas, y que, por tanto, no puede prosperar el cuarto de los motivos de casación invocados." También merece mención el último Considerando: "En relación con el 5.º de dichos motivos, que la celebración del acto conciliatorio instado por la demandada, para hacer saber al demandante había abandonado la casa, no puede ser admitido como medio de transferir la tenencia de ésta, pues aun admitiendo como exacto el hecho —no probado— del abandono, es lo cierto que la recurrente no sólo no se avino a facilitar al recurrido la entrada en el inmueble, alegando no disponer de la llave, sino que, además, y contradiciendo sus propias manifestaciones, formuló oposición a la demanda de desahucio."

SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1941.—*Carga de prueba respecto a un contrato de arrendamiento de servicios*

Resulta palmaria la improcedencia del primero de los motivos de este recurso, que al amparo del número 1.º del artículo 692 de la ley Enjuiciamiento civil denuncia la infracción por la Sala de los artículos 1.214 y 1.544 del Código sustantivo, conforme a los cuales, a juicio del recurrente, basta con haber probado la existencia del contrato de asistencia facultativa y la realidad de unos servicios prestados para que deba estimarse cumplida por el actor la obligación de probar que la Ley le impone y sea improcedente en consecuencia la absolución total de la demanda de pago, alegación insostenible, toda vez que una prueba inconcreta e indeterminada de los servicios equivale en sus efectos a una absoluta falta de prueba, y no es factible, tratándose de contratos como el de autos, en que la remuneración de los servicios se

fija por actuaciones singulares, la distinción que el recurso apunta y pretende se aplique entre la prueba de la obligación y la demostración de su cuantía. Tampoco es eficaz el motivo 2.º, que invoca como infringido el artículo 360 de la ley de Enjuiciamiento civil en relación con el 1.544 del Código civil, pues si bien dicho artículo rituario 360 autoriza para diferir a la ejecución de la sentencia la liquidación de frutos, intereses, daños y perjuicios, semejante disposición se refiere sólo y taxativamente al caso en que el importe de ellos no se puede fijar en cantidad líquida ni puedan establecerse las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, y, por consiguiente, no es aplicable al caso actual, en el que se trata del pago de una cantidad líquida y vencida, pero derivada de múltiples actos o servicios profesionales, sobre cuya puntualización y concreción se ha practicado prueba en los autos, sin haber logrado esa prueba llevar al ánimo del juzgador la necesaria convicción acerca de la realidad, número y naturaleza de aquéllos.

SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1941.—*Jurisdicción y Administración; prescripción de un modelo de utilidad.*

La Audiencia Territorial de Barcelona se reputó incompetente para juzgar sobre la nulidad de una patente; y aceptó, respecto al segundo extremo de la demanda, la adquisición por prescripción del modelo de utilidad por parte de uno de los demandados. El Tribunal Supremo juzga erróneas ambas concepciones del Tribunal *a quo*.

El demandante requirió con su demanda la actividad jurisdiccional del Tribunal de instancia, con el designio concreto de que declarase la nulidad de la patente que amparaba los derechos de los demandados, titulares de ella según el Registro de la Propiedad Industrial, por estimarla carente de novedad o perteneciente al dominio público. Los demandados se apresuraron a solicitar del mismo Registro la nulidad de la inscripción a su favor practicada, en uso del derecho que el número 7.º del artículo 115 del vigente Estatuto les otorgaba, sin que conste que la Administración se hubiese pronunciado en el sentido que de ella solicitaron los demandados. Ahora bien; el mencionado artículo 115 establece que puede solicitarse y obtenerse la nulidad de las patentes y que para esa declaración son competentes los Tribunales de Justicia. En consecuencia, es innegable "que el Tribu-

nal de instancia no pudo ni debió abstenerse de conocer por el erróneo fundamento de que la cuestión estaba simultáneamente sometida a la resolución administrativa; sin pensar en que la diferencia de los motivos respectivamente alegados por cada una de las partes que ahora contienden ante jurisdicciones cuyo campo de acción está perfectamente deslindado no podía, por estas razones, engendrar eventualmente contradicción en los pronunciamientos que una y otra hiciesen; sin tener en consideración que en el momento de formularse la demanda, y aun en el de perfeccionarse la *litis contestatio*, que vincula para el momento oportuno la actividad jurisdiccional del juzgador, la Administración no había decretado la nulidad en la patente, y, por tanto, no poseían los demandados el medio procesal de encerrar la acción contra ellos ejercitada, basándose al efecto no en una incompetencia de jurisdicción inexistente, sino en una falta de acción susceptible de ser actuada por vía de excepción perentoria; sin vislumbrar la inconsistencia de la posición procesal de los demandados que, en lugar de allanarse a la demanda, como parecía lógico que lo hiciesen en momentos en qué por propia conveniencia tenían ya solicitada la nulidad de la patente que el actor pedía, excusaron las consecuencias de este allanamiento por alegación de una incompetencia de jurisdicción, a todas luces inoperante por falta de fundamento, y sin prever los males que podían derivar lógicamente de esa anormal subversión del orden procesal, no ya por la posibilidad, más hipotética que real, de que los demandados desistiesen de la petición de nulidad formulada ante la Administración, sino por el hecho (que al fin se dió) de que una absolución decretada por tan deleznable fundamento declare incuso en una condena de costas, por exigencia imperiosa de la Ley aplicable, a quien pedía con razón derecho revelado por la conducta de sus propios contradictores y se amparaba en preceptos legales de claro sentido e inexcusable observancia". Por lo tanto, el Tribunal de instancia dejó de conocer cuando tenía el deber de hacerlo (artículo 1 692, número 6.º, ley de Enjuiciamiento civil), infringiendo, por aplicación indebida, al adoptar esa decisión, el artículo 115 del Estatuto.

Respecto a la segunda cuestión, afirma el Tribunal Supremo que la inscripción de un modelo de utilidad no excluye la actuación de los Tribunales para conocer de los casos en que la concesión se apoya en datos de carácter patrimonial o en supuestos de hechos erróneos, cuyo

conocimiento y decisión ha de confiarse al criterio, tacto y habilidad jurídica que ha de presumirse en los Tribunales de Justicia. "Que esto sentado, prescindiendo de la consideración de bienes muebles que, como base del razonamiento hecho por la sentencia recurrida, se otorga a los modelos de utilidad, olvidando que esa denominación, consignada en el artículo 30 de la Ley de 16 de mayo de 1902, ha desaparecido del artículo 14 del vigente Estatuto, en homenaje a una dirección científica que, tras no pocas vacilaciones, ha conferido al derecho de autor un rango especial, agrupándolo en la categoría de los derechos sobre bienes inmateriales, lo evidente es que en la resolución de instancia se aplica a esa situación de hecho, con evidente error, la doctrina de la prescripción de acciones, recogida por modo genérico en el artículo 9.º del Estatuto, y al proceder de ese modo, no sólo se resuelve el supuesto mediante una construcción jurídica a todas luces inadecuada, sino que se desconoce que el caso litigioso se plantea, no porque el actor tenga un derecho exclusivo y excluyente para ejercitarse contra el titular de la inscripción, que se dice amparado por la adquisición de dominio, sino porque esa adquisición no se pudo lograr en razón a que el registro amparaba realmente un derecho no susceptible de apropiación, como lo sería en todo caso, a tenor del artículo 180 de la norma legal, un modelo carente de novedad, conocido y practicado fuera y dentro de España: y en tal evento, es indudable que falla la teoría de la sentencia, que al pronunciarse en el sentido que lo hizo parte de un concepto erróneo de la propiedad industrial, tal como lo define el artículo 1.º del vigente Estatuto y los preceptos concordantes con él, infringiéndolos por indebida aplicación: quebranta por igual motivo los artículos 333, 334, 335, a los que otorga un sentido que no autoriza el texto legal actualmente vigente, y viola asimismo, por idéntica razón, el artículo 9.º del mencionado Cuerpo legal; dejando, en cambio, de aplicar los artículos pertinentes del Código civil, que al regular la prescripción adquisitiva (artículo 1.936) sólo autorizan a adquirir por ese título las cosas susceptibles de apropiación (artículos 437 y 1.271), en cuyo caso indudablemente no se encuentra, según lo dispuesto en el número 5.º, artículo 48, un modelo de utilidad, inscrito bajo la responsabilidad del interesado y mediante una declaración cuya exactitud se combate al amparo del artículo 180 del repetido Estatuto".

SENTENCIA DEL 18 DE DICIEMBRE DE 1940.—*Competencia.*

La discusión gira en torno de la validez de la sumisión a los Tribunales de Madrid hecha por el apoderado del causante de los demandados. "La cuestión se resuelve en un problema de interpretación de una declaración de voluntad reflejada en el poder conferido a L, cuyo alcance, por conferir una representación voluntaria, ha de determinarse en razón al contenido de la escritura de mandato; y siendo así, un examen de la misma permite concluir que en ella no se facultó expresamente al apoderado para denunciar extrajudicialmente al fuero del poderdante, limitada como fué en lo judicial a conferir autorización el mandatario para que constituyese el apoderamiento en Procuradores que en su nombre compareciesen en cuantas actuaciones judiciales fuesen procedentes para el ejercicio de sus derechos y acciones en la sucesión testada o intestada de V. P. L.: lo que si, por una parte, demuestra que no se consideró en el mandato el evento de sumisión expresa, que por notoria trascendencia procesal no puede presumirse ni inferirse tampoco de otros actos de los litigantes que no sean los específicamente señalados en el artículo 58 de la ley Rituaria, muestra, por otra, el error en que incide el Juzgado de Madrid al razonar la denegación del requerimiento inhibitorio con el débil fundamento de una asimilación entre situaciones tan dispares como la que se crea dentro del juicio por la eventual sumisión del representante procesal, de una parte, en virtud de un poder que autoriza para contender en la litis y en sus incidencias todas, vinculando así la voluntad de quien otorgó el poder, y la que nace de un acto extrajudicial que rebasa los límites del mandato y no es por ello fuente de obligaciones para el poderdante, salvo el supuesto de expresa o tácita ratificación."

SENTENCIA DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1940.—*Competencia.*

El demandante opina que el pago hecho por el demandado durante la guerra en la zona roja no es liberatorio, porque fué prestado a la Empresa demandante colectivizada por los rojos y, por lo tanto, fué efectuado a quien no la representaba. Eventualmente pide la parte actora la aplicación análoga de la ley de Desbloqueo para acomodar a la misma la cuantía del pago. El Tribunal Supremo rechaza la concepción del Juzgado de primera instancia número 2 de Zaragoza, se-

gún la que se trata de una acción que reclama la repetición del pago del crédito conforme a la ley de Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939. Puesto que aquella Ley "no comprende los casos en los que, como en el presente, se alegue y haya de ser materia de discusión el hecho de haberse pagado una deuda a persona distinta del acreedor y no autorizada por ésta para recibirla en su nombre, circunstancia que impide considerar el pago como revisable, ya que de ser cierta mantiene vivos los efectos y acciones propios del contrato, sin que necesite renacer el derecho del acreedor, puesto que no se ha extinguido"

SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1940.—*Competencia.*

El demandante entabla demanda contra varios demandados en el domicilio de uno de ellos. El otro demandado reclama su fero. La acción se apoya sobre el artículo 1.158 del Código civil, puesto que la actora afirma haber pagado el importe de la liquidación del impuesto de Derechos Reales correspondientes a una sucesión en la que ella y los demandados son coherederos. El Tribunal Supremo da la razón a la demandante, aplicando a este efecto el artículo 62, número 1º, parte 2.ª de la Ley de Enjuiciamiento civil, que debe considerarse como complemento de la Ley de 21 de mayo de 1936.

SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1941.—*Competencia.*

La acción ejercitada es la ejecutiva derivada de una letra de cambio y no la nacida del contrato originario de compraventa mercantil celebrado por las partes que contienden en el juicio origen de la presente cuestión de competencia. Según constante doctrina de este Tribunal Supremo, el conocimiento de la acción ejecutiva que, conforme al artículo 521 del Código de Comercio, nace de la letra de cambio, corresponde al Juez del lugar donde ha sido aceptada la letra, o sea al del domicilio del aceptante.

SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1941.—*Competencia.*

Es evidente que el conocimiento del juicio corresponde al Juzgado de Primera instancia número 15 de esta capital, ya que versa sobre la discordia surgida entre los interesados sobre la revisión de un pago realizado en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria hecho por el Banco Hipotecario de España al demandado, *en primer término*

porque en la escritura de constitución de dicho préstamo se hizo constar en la cláusula 11 "que el prestatario renuncia a su fuero y el que pueda pertenecerle en lo sucesivo, y ambos contratantes se someten expresamente para cuantos actos se deriven de esta escritura a los Juzgados y Tribunales ordinarios de Madrid, que serán los únicos competentes para conocer de las acciones y reclamaciones a que puede dar lugar el cumplimiento del contrato", *en segundo término*, porque el lugar señalado para el pago en la cláusula 10 era Madrid y, *por último*, por disponer el artículo 122 de los Estatutos vigentes del Banco Hipotecario, aprobados por el Real decreto-ley de 4 de agosto de 1928, reproduciendo en lo esencial lo establecido en el mismo artículo de los aprobados por Real decreto de 12 de octubre de 1875, en su párrafo 3.º, "que las operaciones del Banco Hipotecario se regirán en primer lugar por sus leyes orgánicas, Estatutos y Reglamentos, y en su defecto por los Códigos civil y de Comercio", y en el 4.º, que "toda acción judicial deberá entablarse en Madrid, domicilio legal de la Sociedad, ante la jurisdicción ordinaria". Luego rechaza el Tribunal los argumentos del requerimiento de inhibición. La citación de conciliación hecha al Juzgado Municipal de Murcia no implica ninguna sumisión a dicho Tribunal, ya que no constituye la interposición de la demanda a los efectos del número 1.º del artículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino que intenta más bien evitarla, máxime si la conciliación no es obligatoria, como en el presente caso (art. 460, número 5, Ley de Enjuiciamiento civil). Tampoco puede mantenerse la ineeficacia de la sumisión, por haber cancelado el pago la obligación del demandado, puesto que lo que se discute es precisamente la eficacia de dicho pago. La sentencia del 21-II-1941 defiende en un caso análogo idéntica doctrina.

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1941.—Competencia

La acción ejercitada es de carácter personal, como encaminada a obtener la declaración de que en la operación de depósito de los valores relacionados actuó el causante de la demandada por cuenta de la entidad actora y en concepto de persona interpuesta. La competencia debe atribuirse, por tanto, al Juzgado del lugar del domicilio de la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62, regla 1.ª de la Ley Procesal.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. NO PROcede PRACTICARLA SOBRE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DESPUÉS DE DISUELTA ÉSTA POR FALLECIMIENTO DE LA MUJER, PLENAMENTE ACREDITADO MEDIANTE EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN DE LA ESCRITURA DE DIVISIÓN DE LA HERENCIA DE AQUÉLLA, AUNQUE POSTERIOR AL DEL MANDAMIENTO DE EMBARGO POR DEUDAS DEL MARIDO.

Resolución de 16 de enero de 1941. (B. O. de 30 de enero.)

Entablada demanda en juicio declarativo de menor cuantía por doña Esperanza Delgado Sanz, representada por el Procurador don Manuel Muniesa Mateos, contra don Pedro Estecha de la Osa, sobre reclamación de 17.525,45 pesetas de principal, intereses legales y costas, importe de piensos que le había vendido, se decretó embargo preventivo sobre los bienes del demandado en cantidad suficiente para asegurar el total de la reclamación, embargándose, como de la propiedad del deudor, a más de muebles y semovientes, una casa, sin número, sita en Chamartín de la Rosa, con fachada a la calle de la Madre Arístegui.

Presentado mandamiento por duplicado en el Registro de Colmenar Viejo, que motivó el asiento de presentación número 1.077, del Diario 65, puso su titular la siguiente nota: "Denegada la anotación preventiva de embargo a que se refiere el anterior mandamiento, porque la finca que comprende, según el Registro, la adquirió el deudor, don Pedro Estecha de la Osa, por compra en estado de casado con doña Ciriaca Tornero Denche, apareciendo inscrita a su

favor por ese título, en cuanto a la superficie de 800 metros cuadrados, sin que lo estén los otros 14,66 metros cuadrados y haber fallecido dicha señora en 21 de noviembre de 1930, según la escritura de partición de bienes otorgada el 3 de abril último, ante el Notario de Madrid, don Tomás del Hoyo, presentada en esta oficina al número 1.078. Diario 65, con fecha 30 del próximo mes de abril; en la que se adjudica a sus hijos y herederos la finca de referencia, no estando, por tanto, en el momento de embargarse, en el patrimonio del expresado deudor, contra el cual tan sólo se dirige la acción por la acreedora."

Interpuesto recurso gubernativo, la Dirección, confirmando el auto presidencial, que ratificó la nota del Registrador, declara lo siguiente:

Que según resulta de la respectiva inscripción, y no niega el recurrente, la finca embargada fué adquirida por el demandado, a título oneroso, durante su matrimonio, por el cual, con arreglo a lo prevenido en el número primero del artículo 1.401 del Código civil, es ganancial.

Y que si bien el marido, como representante legal de la sociedad conyugal, puede disponer de los bienes gananciales y, por lo tanto, subsistente el matrimonio, sería anotable el embargo de tales bienes decretado en autos seguidos exclusivamente contra él, no procede, según reiterada doctrina de este Centro directivo, practicar la anotación después de la disolución de dicha sociedad por el fallecimiento de la mujer—en el caso del recurso, plenamente acreditado en el Registro mediante el asiento de presentación que se cita en la nota calificadora y ocurrido más de cinco años antes de haberse efectuado el embargo para garantizar el cumplimiento de obligaciones quizá contraídas por el demandado en estado de viudo—; porque desde la muerte de la mujer, cesa la representación de la sociedad conyugal que la Ley confiere al marido y, en su consecuencia, los acreedores que intenten hacer efectivos sus derechos, no sobre bienes privativos de aquél, sino sobre bienes gananciales, deben dirigir su acción contra el marido y los herederos de la mujer, cuyo interés directo en el procedimiento judicial es indudable

Pueden consultarse las resoluciones de 29 de abril de 1902, 22 de septiembre de 1904, 26 de julio de 1907, 27 de junio de 1916 y 4 de noviembre de 1926.

PRETERICIÓN. LOS DESCENDIENTES DENOMINADOS "CUASI PÓSTUMOS", ES DECIR, NACIDOS DESPUÉS DEL TESTAMENTO Y ANTES DE LA DEFUNCIÓN DEL CAUSANTE, TIENEN IGUALES DERECHOS QUE LOS DEMÁS DESCENDIENTES—O SEA LOS QUE VIVIERAN AL OTORGARSE EL TESTAMENTO O NACIDO DESPUÉS DE MUERTO EL TESTADOR—QUE SE CITAN EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 814 DEL CÓDIGO CIVIL. NUESTRA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA—EN CONCORDANCIA CON LA RESTANTE—REQUIERE LA EXISTENCIA DE UN TÍTULO BASADO EN LA VOLUNTAD EXPRESA DEL "DE CUJUS", O, EN SU DEFECTO, UNA DECLARACIÓN JUDICIAL EN QUE SE RECONOZCA EL DERECHO A SUCEDER A UNA PERSONA.

Resolución de 24 de enero de 1941. (B. O. de 7 de febrero.)

Ante el Notario de Logroño don Enrique Mora Arenas, otorgó, en 13 de septiembre de 1922, testamento don Serafín Pozueta Díaz, en el cual, después de declarar que era hijo de don Gregorio, difunto, y de doña Teodora, y que estaba casado en únicas nupcias con doña Mercedes Fernández González, de cuyo matrimonio no tenía sucesión, se consignó la segunda y última cláusula siguiente: "Reconoce a su expresada madre, doña Teodora Díaz, la legítima que le señala el vigente Código civil, o sea la mitad de la herencia, y en el remanente de sus bienes o en la totalidad de ellos si su expresada madre fallece antes que el testador o no quiere o no puede heredarle, instituye heredera en pleno dominio a su dicha esposa, doña Mercedes Fernández y González.

Premuerta la madre del testador a éste, y nacido el 7 de marzo de 1930 un hijo del mismo y de su esposa, sobrevino el óbito de dicho testador el 22 de noviembre de 1936, sin que hubiese otorgado otra disposición de última voluntad. Contraídas segundas nupcias por la viuda con don Federico García Sánchez, y perdida por la misma la patria potestad sobre su menor hijo, fué designado tutor de éste su abuelo materno, don Aquilino Fernández García.

Con estos antecedentes, y asistida doña Mercedes Fernández González de su marido, quien le concedió la correspondiente licencia marital, y juntamente con el nombrado tutor, facultado por el respectivo Consejo de familia, el cual, además, aprobó su gestión, otorgando el 12

de septiembre de 1939, ante el Notario de Madrid don Florencio Porteta Clérigo, una escritura de aceptación de herencia de don Serafín Pozueta Díaz y protocolización de operaciones particionales, en las que se hizo constar que todos los bienes inventariados eran gananciales por haber sido adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, y, en su consecuencia, previa rebaja de 1.509,65 pesetas para pago de deudas, se adjudicó la mitad a la viuda en pago de su haber en la sociedad conyugal; y la otra mitad, teniendo en cuenta que la madre del testador había fallecido y que había nacido un hijo del matrimonio a quien no se puede desheredar sin justa causa, se distribuyó en la forma siguiente: al hijo, en pago de sus derechos legitimarios, un tercio en pleno dominio y otro tercio en nuda propiedad, cuyo usufructo se asignó a la viuda en pago de su cuota legal; y a la cual, además, se adjudicó el tercio restante, en pleno dominio, con arreglo al testamento, por estimarlo subsistente en este extremo.

Presentada primera copia de dicha escritura en el Registro de Occidente, de Madrid, se extendió a continuación de la misma la siguiente nota: "Denegada la inscripción del documento que antecede por no ser válida después del nacimiento del hijo la institución de herederos hecha en el testamento que sirve de base a la liquidación de la herencia. Adolece, además, del defecto subsanable de no justificarse la declaración de herederos ab-intestato hecha por el Juzgado competente, que es sólo con arreglo a la cual ha de verificarse la partición."

Interpuesto recurso gubernativo por el Notario autorizante de la escritura al efecto de que se declarase ésta extendida con arreglo a las formalidades legales, la Dirección, confirmando el auto del Presidente de la Audiencia, que ratificó la nota del Registrador, ha expuesto lo siguiente:

Que al examinar en la teoría y en la legislación el interesante problema de los efectos que debe producir la omisión en testamento de los herederos forzados, se observan disparidad de opiniones en los tratadistas españoles y extranjeros, así como diversidad de soluciones en las leyes de los distintos países, limitándose unas a conceder a tales herederos el derecho a exigir sus legítimas en todos los casos en que el causante no los menciona ni los deshereda; subordinando otras la mayor o menor eficacia de la institución hereditaria a la circunstancia de que el causante tenga o no conocimiento de la existencia de los herederos no nombrados en el momento de declarar su última volun-

tad; y prescribiendo algunas la nulidad de dicha institución y hasta del testamento e imponiendo la apertura de la sucesión intestada, bien sólo en cuanto a la porción del haber legitimario correspondiente a los herederos preteridos, bien respecto a todo el caudal relictio.

Que según el primer párrafo del artículo 814 del Código civil, "la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas"; y como en el párrafo transcrita no se incluye explícitamente a los descendientes denominados "cuasi póstumos", es decir, nacidos después del testamento y antes de la defunción del causante, es ineludible determinar si, según se declaró en la Resolución de la Sección de Registros del Ministerio de Ultramar de 30 de octubre de 1896, la omisión de los mismos en el testamento debe producir iguales efectos que la de los demás descendientes.

Que—sin necesidad de investigar si en el proyecto del Código civil de 1851, que sirvió de base al actual, en vez de la frase "sea que nazcan después de muerto el testador", figuraba la de "sea que nazcan después, aun muerto el testador", por lo cual algún comentarista afirma que se ha padecido una errata en el precepto vigente—abonan la interpretación favorable a conceder iguales derechos a unos y a otros descendientes los siguientes motivos: que no hay fundamento doctrinal justificativo de la diferencia de derechos entre hijos póstumos y "cuasi póstumos" ni que haga de peor condición a éstos que a los otros hijos respecto a su participación en la herencia de los padres; que la revocación de donaciones por supervivencia de hijos, establecida en el artículo 644 del Código civil, no es más justa que la revocación, por igual causa, de la institución hereditaria; que el mismo artículo 814 dispone, sin hacer distinciones, que si los herederos forzosos preteridos fallecieren antes que el testador, la institución surtirá efecto, de lo cual se infiere que si sobrevivieren a éste, la institución será nula; que la falta de previsión al dictar el testamento no debe perjudicar a los descendientes "cuasi póstumos"; y que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde existe la misma razón debe aplicarse igual norma jurídica.

Que las disposiciones de nuestra Legislación Hipotecaria reguladora de la forma y del fondo de las inscripciones, concordantes con las

reglas de la restante legislación, requieren la existencia de un título basado en la voluntad expresa del "de cuius", o, en su defecto, en una declaración judicial hecha por autoridad competente, en que se reconozca auténticamente el derecho a sucederle, y en el caso del presente recurso, el hijo "cuasi póstumo" ni está instituido heredero en testamento ni está judicialmente declarado heredero ab-intestato, por lo cual el documento presentado en el que no se le adjudica todo lo que debía percibir en el caso de nulidad de la institución hereditaria, adolece del segundo defecto consignado en la nota calificadora.

Que si bien en algunas resoluciones de este Centro Directivo, invocadas por el recurrente, se aplicaron con cierta amplitud y con el plausible propósito de evitar dilaciones y gastos los insuficientes preceptos legales relativos a los efectos de la preterición de descendientes, debe tenerse en cuenta que en uno de los casos que las motivaron, la mujer instituida heredera por su marido renunció todos sus derechos a la herencia en favor de los hijos preteridos, habidos de su matrimonio con el causante; y en este caso, y en los demás a que se contraen las aludidas resoluciones, los interesados formalizaron las operaciones divisorias partiendo del acuerdo de reputar nula la institución de herederos y reconocieron a los descendientes el mismo derecho que si se hubiese abierto la sucesión intestada, antecedentes de notoria trascendencia jurídica y moral que no se dan en el presente recurso.

Y que el Consejo de familia—cuyo modo de apreciar el derecho del menor a la herencia de su padre estimó inaceptable el Presidente de la Audiencia, y este extremo es el principal apoyo de la decisión apelada, en la cual se ponen de relieve que la tutela y la protutela están ejercidas, respectivamente, por el abuelo materno y el padrastro—se avino a mantener la eficacia parcial de la institución hereditaria y a asignar a la viuda, privada de la patria potestad por ulteriores nupcias, no sólo el usufructo del tercio de mejora, sién, además, el pleno dominio del tercio de libre disposición, procedimiento que no sería lícito en el supuesto de reconocer la nulidad de la institución hereditaria, porque en tal caso este tercio correspondería al único hijo del causante.

Llamamos la atención sobre la importancia de la Resolución cuyos Considerandos hemos copiado a la letra.

La Dirección, de una manera irrevocable, se pronuncia por la nulidad de la institución hereditaria para todo supuesto de preterición de

descendientes. Y al no estimar correcta la amplitud con que ciertas Resoluciones anteriores alegadas por el Notario recurrente mitigaron —para evitar gastos y dilaciones—los efectos de la preterición, infiere que—en su juicio—, supuesta ésta, no cabe acuerdo alguno entre instituido y preterido u órgano representativo de éste—aquí el tutor con el Consejo de familia—en las operaciones de testamentaría y división de herencia. Una suerte de resolución “ex tunc” se opera. La declaración de herederos se impone. Puede—y debe—exigirla el Registrador. Con ello casi era innecesario el último Considerando, de fisonomía más sentimental y moral que de consistencia jurídica.

Nada se dice, en cambio, en cuanto a lo argumentado por el Notario—técnica y estilo en defensa de su posición—sobre la necesidad de que sean los Tribunales los que declaren la nulidad de la institución hereditaria. Aunque se desprende—categóricamente—, no es precisa.

Pero esto nos aboca a la posición del Registrador en su facultad calificadora de las disposiciones testamentarias. ¿Hasta dónde llega? ¿El consentimiento de los interesados dando por válidas las cláusulas de un testamento nulo en operaciones de testamentaría impide el que sean éstas rechazadas por el Registrador?

Viejo problema tratado por distintas Resoluciones, que resucita.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia económico-administrativa

CONTRIBUCIÓN GENERAL SOBRE LA RENTA.—*Seguro del contribuyente.*—Es deducible por tal concepto la cuarta parte de las rentas de trabajo, exista o no contrato concertado con un tercero, y, por tanto, es improcedente la liquidación girada con deducción exclusivamente de la prima declarada por el interesado, inferior a la indicada proporción. (26 de mayo de 1936.)

CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL —*Exención temporal.*—A los efectos de su concesión pueden ser sustituidas las licencias de alquiler por documentos análogos, como el acreditativo del reconocimiento técnico y pago de derechos sanitarios, cuando aquéllas no se expidan por el Ayuntamiento de la localidad. (3 de abril de 1936.)

CONTRIBUCIÓN SOBRE UTILIDADES.—*Capital a los efectos de tributación por cuota mínima.*—Está constituido por la suma de las aportaciones de los socios y de las reservas efectivas, siendo errónea la apreciación de que no deben computarse éstas por haber tributado como beneficios cuando se formaron. (21 de abril de 1936.)

Cuota mínima sobre el capital.—Aun cuando originariamente esté totalmente suscrito y desembolsado el capital social, la cuota mínima sólo puede girar sobre el en circulación cuando el resto vuelva a la cartera de la Sociedad emisora. (28 de abril de 1936.)

Si bien es un hecho cierto que la Sociedad "Chispalense" se constituyó por escritura pública en 29 de abril de 1930 con un capital de 50.000.000 de pesetas, representado por 50.000 acciones preferentes y 50.000 ordinarias, las cuales fueron suscritas en su totalidad por "Islas

de Guadalquivir", y desembolsado también su importe totalmente por el traspaso que de su activo hizo esta última a favor de la primera y así contabilizado en el balance de apertura de 1.º de julio de 1930, en 7 de julio de 1930, y ante la imposibilidad por parte de "Islas de Guadalquivir" de cumplir las obligaciones que había contraído con "Chispalense" al suscribir sus acciones, se celebró un convenio entre ambas entidades, por virtud del cual, "Chispalense" se comprometía a correr con el pago de las obligaciones hipotecarias que gravaban los elementos del activo traspasados—y a lo cual no la obligaba la escritura de constitución—a cambio de la devolución por "Islas de Guadalquivir" de 42 000 acciones preferentes, acuerdo que venía a representar una anulación, o, mejor dicho, una modificación del primer acto escriturado, por lo cual "Chispalense" venía a asumir unas obligaciones que antes no tenía y su activo se veía aumentado con una partida de 42.000 acciones en cartera—que antes no existían—, hechos todos estos que tuvieron así su fiel reflejo en la contabilidad de la Empresa.

Una vez esto sentado, no puede ofrecer duda que, ateniéndose estrictamente a lo dispuesto en la disposición 6.ª de la tarifa 3.ª de la ley, y relacionando el contenido de tal precepto con lo también dispuesto sobre el mismo particular en la disposición 14 de la propia ley y tarifa, el importe del capital que ha de servir de base para la correspondiente liquidación, en concepto de cuota mínima a satisfacer por la tarifa 3.ª, debe estar constituido, en principio, en este caso, por la diferencia entre la cifra del capital escriturado, o sea, la suma de 50.000.000 de pesetas y la de 21.000.000 que representan las 42.000 acciones devueltas por "Islas de Guadalquivir", y que, como ha quedado expuesto, han pasado a figurar en el activo del Balance de "Chispalense" bajo la rúbrica de acciones en cartera.

A mayor abundamiento, y como corroboración de lo expuesto, hay que tener presente también que para la fijación del capital estimable a los efectos tributarios de la tarifa 3.ª hay que atenerse al que resulte del balance pertinente y no al escriturado, criterio éste racional y lógico que es el único que permite dar cumplimiento al contenido en la disposición 14 de dicha tarifa y al espíritu que la inspira, aparte de haber sido ya criterio sustentado por este propio Tribunal en resoluciones anteriores, entre otras, en la de 6 de abril de 1926, al resolver el recurso de la Sociedad "Pérez Ayala Hermanos y Compañía".

Intereses aplazados de obligaciones.—Es improcedente la exacción del tributo en las fechas de los respectivos vencimientos establecidos al realizarse la emisión, si en virtud de convenio judicialmente aprobado se modifican aquéllos y se supedita la cuantía de los intereses a los recursos de la entidad emisora. (5 de mayo de 1936.)

Es doctrina sentada por este Tribunal en diversas resoluciones, entre otras las de 22 de marzo de 1928, 14 de junio de 1932 y 3 de octubre de 1933, que la condición requerida para que se deba entender devengado por la Hacienda el gravamen del número 3.^º de la tarifa 2^a de Utilidades, relativo a interés de obligaciones, y el momento en que se origina, por tanto, la obligación de retener por parte de la entidad deudora, están claramente determinados en el artículo 8.^º de la Ley de 22 de septiembre de 1922, al referirse expresamente al día mismo en que los intereses sean exigibles por los acreedores respectivos: de donde se infiere que para que tenga lugar la exacción del tributo no es requisito indispensable que se efectúe de hecho el pago de dicho interés, sino que se origine el derecho en favor del acreedor de la utilidad gravable, ya que el interés del Estado no debe quedar supeditado a la realización de un acto material, que puede muy bien ser diferido por voluntad de las partes, sea cualquiera la causa que lo motiva y aun admitida como tal la falta de recursos por parte de la empresa para cumplir los compromisos adquiridos, mientras no se declare su insolvencia y se altere válidamente el estado de derecho creado por virtud de relaciones contractuales conocidas de la Administración y libremente estipuladas.

Según las aludidas resoluciones, el criterio que acaba de exponerse en nada se opone a que si antes de llegar al vencimiento de los intereses correspondientes a las obligaciones emitidas por una Sociedad, se modificasen de una manera eficaz sus condiciones produciéndose una verdadera novación del primitivo convenio en cuanto al plazo en que ha de tener efectividad el cumplimiento de aquél, quedará subordinada a esa nueva estipulación la percepción del tributo, puesto que, en tal supuesto, los derechos del acreedor no han llegado a ser jurídicamente exigibles, y no hay razón que justifique el que se aprecie, a efectos fiscales, una utilidad que ni de hecho ni de derecho se ha producido todavía.

IMPUESTO DE DERECHOS REALES.—Competencia de las oficinas liquidadoras.—Tratándose de las de capitales de provincia o poblacio-

nes en que exista Subdelegación de Hacienda, está determinada por el otorgamiento de la escritura particional de herencia, aun cuando el causante haya fallecido en otro lugar y los bienes inmuebles radiquen en territorio de otra oficina liquidadora. (28 de abril de 1936.)

IMPUESTO DE DERECHOS REALES.—*Legado en moneda extranjera pagado con el producto de venta de bienes inmuebles sitos en el extranjero*—Está sujeto al impuesto y ha de satisfacerse con arreglo a la equivalencia en pesetas de la moneda extranjera en que se fijara su cuantía. (Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 1.^o de julio de 1935.)

Comprobación de valoires.—El derecho a practicarla, y consiguientemente el de revisión del tipo de liquidación que pudiera ser consecuencia de ella, prescribe a los dos años de la presentación de los documentos a la liquidación, cuando ésta sea definitiva, excepto en los casos expresamente previstos en el Reglamento. (28 de abril de 1936.)

Colación por donación—Por ser colacionable el valor de los bienes y no los mismos bienes donados, el heredero ha de satisfacer el impuesto, al tener lugar la colación en la herencia del donante, por el valor comprobado de su participación en el caudal hereditario, con deducción de lo pagado por razón del valor de la donación. (28 de abril de 1936.)

Reconocimiento de deuda.—No existe, ni procede, por tanto, girar liquidación por tal concepto cuando la deuda se cancela mediante la entrega de acciones emitidas por la Sociedad deudora y suscritas por la acreedora aportando para ello el importe de su crédito. (5 de mayo de 1936.)

PROCEDIMIENTO DE APREMIO—*Hipoteca legal a favor de la hacienda.*—La establecida para garantizar la contribución de utilidades correspondiente a obligaciones hipotecarias no alcanza a las cuotas de la misma contribución liquidadas por el concepto de dividendo, por estimarse como tal la entrega de dichos títulos a los accionistas de la Sociedad emisora. (12 de junio de 1936.)

LA REDACCIÓN.

V A R I A ⁽¹⁾

MORAL Y DERECHO.

I. Max Kaser publica un interesante trabajo sobre la "Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen romischen Recht" ("Antijuridicidad y antimoralidad en el Derecho romano clásico"), en *Savigny-Zeitschrift* (tomo LX, 1940, págs. 95 a 150). El autor inicia su artículo con el siguiente párrafo: "En diferentes exposiciones podíamos comprobar que los romanos han distinguido, de manera riguosa y relativamente temprano (probablemente desde la época de las XII tablas). Derecho y Moral. Invocamos para probar esta tesis la separación del procedimiento judicial de la Jurisdicción moral de los censores, la división entre poder jurídico y deber moral en las diferentes relaciones y, finalmente, la teoría romana de las fuentes." En lo que sigue investiga Kaser la relación de la conducta antimoral con la conducta antijurídica. El problema principal reside en saber si los censores, defensores del orden moral, intervenían también contra personas, que estaban ya sometidas a los Tribunales por infracciones de índole jurídica.

El autor mantiene, en primer lugar, que dado el libre arbitrio de los censores, no se debe poner en duda el *derecho* de los censores de castigar por antimoral una conducta ya castigada por ser antijurídica. En segundo lugar, investiga Kaser si este doble castigo (moral y jurídico) fué *corriente* o sólo un procedimiento excepcional. Kaser adopta esta última alternativa, ya que encuentra sólo cuatro casos en que se

(1) La necesidad de propagar las nuevas ideas y de poner rápidamente a los profesionales del Derecho y a los encargados de la orientación política del pueblo en posesión de los últimos avances de la ciencia jurídica, nos ha llevado a dar gran valor y una extensión proporcionada a los estudios variados que integran esta Sección.

atestigua en las fuentes con seguridad la doble intervención de los censores y de los jueces contra la misma conducta. En lo referente a la terminología, expresan los juristas clásicos los mandamientos y prohibiciones morales con los términos de "boni" y "mali mores", con "honestus" y sus derivaciones y con "turpis" y sus formas derivadas. Se discute si las palabras "contra bonos mores" significaban ya en los tiempos clásicos una infracción del orden ético (así Kaser), o si adquirían este sentido en tiempos postclásicos (así Mezger: *Stipulationen und letztwillige Verfuegungen contra bonos mores*; 1929), significando en tiempos clásicos una conducta que se opone a los principios generales del orden jurídico que se derivan del conjunto de las disposiciones particulares de la Ley (así Koschembahr-Lyskowski: *Mél. Cornul*, tomo II, 1926, págs. 22, 24, 33). Las voces "turpitud" y "honestas" giran en torno de la existencia o ausencia de un reproche de culpabilidad, que dimana de la infracción de las costumbres éticas tradicionales y que desprestigia la persona del infractor en la opinión de la comunidad.

II. Como es sabido, luchan las corrientes modernas, sobre todo alemanas, en contra de la división de Derecho y Moral, la que conciben algunos como de índole liberal. No se debe confundir esta lucha moderna con la distinción entre Derecho y Moral en el ordenamiento jurídico romano. Lo que hoy interesa no es el distingo ontológico entre Derecho y Moral—ya existente, como acabamos de ver, en el Derecho romano—, sino la consecuencia nomotésica (basada sobre aquel distingo inocente) de prohibir al Estado la intervención en el campo moral, limitando su actividad a la esfera jurídica; consecuencia que los romanos no aceptaban, pues los censores eran órganos del Estado, y que efectivamente es de resabio liberal. Sin embargo, demuestra el estudio histórico, al menos, que la división ontológica tiene auténtica sustantividad y que no fué un invento cryptocientífico para motivar la conocida orientación política. La separación de los poderes nos revela una situación análoga. Aristóteles la conocía ya como clasificación ontológica. Pero sólo Hobbes y Montesquieu basaban sobre ella exigencias políticas de índole liberal.

JULIUS VON GIERKE.—“Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts” (“Cuestiones fundamentales de la reforma de la obligación de indemnizar los daños causados”) —*Zeitsch. für das Gesam. Hand. und Konkursrecht* (1).

Bajo este título ha publicado la Academia del Derecho Alemán unas relaciones y anteproyectos de la parte correspondiente del futuro Código del Pueblo, y el ilustre mercantilista, colocándose en la brecha ocupada por su padre, el conocido jurisconsulto Otto von Gierke, hace medio siglo, cuando se discutía el proyecto de Código civil alemán, formula en un trabajo contenido en la Revista que dirige (108-2-1941) las observaciones críticas que vamos a extractar.

I. *Gojpe de vista sobre el trabajo académico*.—Se halla éste dividido en dos partes. “Responsabilidad por hechos culposos” y “Responsabilidad por el riesgo”. El artículo 1.º del Proyecto sienta la norma fundamental: “El perjuicio causado intencionada o negligente-mente obliga a su resarcimiento.” “Una acción u omisión es ilícita (*antijurídica*) cuando va contra un deber que ha sido impuesto por el ordenamiento jurídico con la finalidad de proteger la persona o los

(1) Para que nuestros lectores se puedan hacer cargo de las cuestiones discutidas en este artículo sin necesidad de repasar sus libros, les recordaremos los conceptos principales que en él se manejan

Hasta fines del siglo XIX se admitía por los juristas y las legislaciones la necesidad de la malicia (¿delito civil?) o de una falta (negligencia o imprudencia — quasi delito) para que naciera la responsabilidad u obligación de indemnizar (abstracción hecha del Código Penal). En este sentido decía Esmein: “La faute est l'élément capital de la responsabilité civile”. Poco a poco, los tratadistas fueron suprimiendo este elemento y abriendo camino a la teoría del riesgo o de la responsabilidad causal o al principio de *causación* (así traduce Roces en la obra de v. Thur), cuyas tres condiciones son: a) un hecho o circunstancia, en cierto modo personal, engendra el daño directa o indirectamente; b) el daño, y c) la relación causal del primero al segundo. Para no abrir una ancha vía a la arbitrariedad, imponen unos autores los límites de la conducta del hombre medio, del “bonus pater” o del tipo *standard* de una sociedad determinada, y otros unen el riesgo al provecho (*ubi emolumentum ibi onus*). En cuanto al lazo causal, venía encajado en la *relación de causa* (eficiente, ocasional, necesaria, exclusiva, principal, etc..) a efecto, habiendo introducido v. Buri la teoría de la equivalencia de condiciones (todos los elementos intermedios son necesarios e iguales), y v. Kries la teoría de la causalidad adecuada (acontecimientos que normalmente producen un efecto).

bienes del perjudicado." "Obra siempre ilícitamente quien infringe de un modo grosero los principios reconocidos de la convivencia social." A la negligencia está dedicado el artículo 3.º. Viene luego un artículo todavía no formulado sobre la exclusión de la ilicitud por legítima defensa, estado de necesidad, etc., y siguen los artículos 4.º y 5.º, sobre la inculpabilidad de los menores e incapacitados. La Memoria suscrita por Wahl desenvuelve el principio de la culpabilidad como fundamental en la materia, y diserta sobre la necesidad y las características del concepto de negligencia. Por su parte, Nipperdey justifica la redacción de una norma general frente al casuismo, y el concepto de ilicitud (antijuridicidad). El artículo 6.º regula la responsabilidad de los dueños de un negocio por los ayudantes o auxiliares que hayan incurrido en culpa. Si no existiere culpa de éstos, el dueño puede liberarse de la responsabilidad, probando que ni él ni los inspectores a quienes forzosamente hubiere encomendado la tarea, son culpables. Admiten los artículos 7.º y 8.º una responsabilidad por razones de equidad, cuando no procediese el resarcimiento por faltar la culpa, o una dependencia causal adecuada, y la absolución o liberación, atendidas las circunstancias del caso, chocara escandalosamente contra la sana intuición popular. Sin embargo, el artículo 8.º limita esta responsabilidad en los casos en que la conducta del autor del daño, consideradas sus facultades, resulta poco censurable.

II. *Crítica general.*—Aunque el proyecto en cuestión, rectificando al Código civil, enfoca la materia desde puntos de vista más germanicos y atiende a las exigencias de la Comunidad, el autor hace una triple observación sobre los principios adoptados, el lenguaje empleado y los pensamientos nuevos y creadores que echa de menos, según vamos a ver.

III. *El principio de la culpabilidad y la estructura del proyecto.* Como Wahl apoya sus razonamientos en las ideas de Otto von Gierke, el autor se cree en el deber de demostrar que su padre había anticipado que la futura legislación debía apoyarse en la teoría de la causación (o causalidad), y que aun admitiendo para el Derecho de la época el requisito de la "falta" como exigible corrientemente, afirmaba que los casos de "responsabilidad sin culpa" no eran singularidades o excepciones, sino resultados de una poderosa opinión. Por eso debieran haberse nombrado para la Comisión de reforma un representante de cada teoría, que hiciera la respectiva Ponencia. Wahl ad-

mite las excepciones y no las fija, y el término "responsabilidad por el riesgo" rompe la armonía de la sección. Los argumentos, basados en la mayor libertad que para todos resulta cuando se sabe que únicamente la culpa nos hace responsables, en la falta de reacción de la Comunidad frente al daño inocentemente causado y en los efectos perjudiciales del seguro forzoso para cubrir la propia acción, son refutados por el autor, que después de examinar en el IV apartado la "norma general", en el V la responsabilidad por los auxiliares y en el VI las normas de equidad aludidas, desenvuelve en el VII su propio proyecto sobre las consideraciones siguientes: Ante todo, hay que dar la preferencia al principio de causación, para evitar la multiplicidad de excepciones y la falta de armonía y para fecundar el pensamiento germánico, que en los bosques primitivos, en la Edad Media y en el Espejo de Sajonia reputaba las acciones ilícitas como violaciones o quiebras de la paz, cuyas consecuencias debiera soportar el causante. Partiendo del principio de la "ruptura de la paz" ("Friedensbruchprinzip"), podía darse luego especial valor a la culpa y desenvolver el resarcimiento en forma armónica. La materia quedaría distribuida así: A) Responsabilidad por los hechos propios. B) Responsabilidad del amo de casa y del empresario. C) Responsabilidad por los vehículos y las Empresas. D) Responsabilidad por los animales. E) Responsabilidad por los daños de guerra. Como consecuencia de un análisis detenido, el autor llega en el apartado VIII a las siguientes fórmulas:

A) 1. Quien ilícitamente (contra Derecho) causa un daño a otro está obligado a resarcirlo. 2. Obra ilícitamente quien infringe un precepto del Ordenamiento jurídico, en particular cuando actúa contra la Comunidad o como enemigo del pueblo. A la acción se equipara la omisión. [Exclusión de la ilicitud o antijuridicidad por legítima defensa o estado de necesidad.] 3. Si el causante comete una falta grave, el Juez debe condenarle al resarcimiento pleno de los daños y decretar, además, el pago de una satisfacción expiatoria al perjudicado. Cuando el autor no incurre en falta, o sólo en una leve, puede el Juez atenuar el deber de resarcir, si dadas las especiales circunstancias del caso, esta resolución se concilia con el sentimiento general de justicia. En la apreciación se tendrán en cuenta las personas y patrimonios de los interesados. [Culpabilidad, malicia, negligencia, como en el Derecho penal. Denegación de culpa por minoridad o incapacidad.] La indemnización puede ser anulada o reducida cuando el perjudicado ha obrado

ilícita o culpablemente. [Resarcimiento y satisfacción en dinero. Para los ataques al honor: recantación. Atender a los indirectamente perjudicados.] 4. Si el perjudicado no recibe completa satisfacción, queda el Imperio alemán obligado a prestarle la correspondiente indemnización. No tendrá lugar este resarcimiento cuando, por negligencia, el perjudicado no lo haya reclamado oportunamente.

B) El amo de casa responde de los daños que sus familiares hayan causado a un tercero en sus actividades domésticas. El empresario responde por los daños que un trabajador o empleado haya causado ilícitamente en el ejercicio de su actuación profesional. (Por lo demás, se aplicará lo dispuesto en A), 1 a 4.)

C) [En los supuestos de vehículos o empresas peligrosas, debe determinarse con exactitud en qué medida puede admitirse la decadencia de la responsabilidad del empresario, por resultar insoportable para él tal gravamen] La regla general sería, en su consecuencia: Cuando en el empleo de vehículos o el ejercicio de empresas peligrosas quedara excluida, por disposición de la Ley, la responsabilidad del empresario frente a tercero, porque, de otro modo, constituiría una carga insostenible, el Imperio alemán deberá resarcir el daño. Se extingue esta obligación cuando el tercero se halle en una relación contractual con el empresario o hubiera debido cubrirse por medio de un seguro en la forma acostumbrada.

ALBERTO ASQUINI.—"Una svolta storica del Diritto commerciale" ("Nuevo giro del Derecho mercantil").—*Riv. del Dir. Comm.*, Milano, 1940; 11-12.

1.º "El espíritu corporativo del Derecho mercantil, según su formación histórica." Nacido como Derecho popular en las ciudades que reaccionaban contra el espíritu feudal, alimentado por las costumbres de los mercados y de los Estatutos de las Corporaciones, se ha extendido por el Mediterráneo y la Europa occidental y central. Mas, arrolladas las economías municipales por las grandes economías de los Estados, las Corporaciones por las nuevas estructuras y el comercio medieval por la revolución, conserva el Derecho mercantil con su sello italiano, su originaria vitalidad y su fuerza expansiva, porque ha permanecido siempre fiel a su bautismo por el pueblo (libre de tecnicismos y abstracciones y abierto a los usos); se ha contrapuesto a la Ley

civil (individualista), como nutrido de espíritu social, y ha anticipado las exigencias de la moderna economía organizada. Las codificaciones redactadas sobre la falsilla napoleónica han traicionado su espíritu corporativo y han intentado anclarlo sobre el *acto objetivo*, sin lograr la victoria sobre la base profesional y de empresa, que resucita en el Código mercantil alemán de 1897.

2.º En el nuevo ordenamiento corporativo se plantea *ab initio* el problema de la autonomía del Derecho mercantil para reorganizar la economía de los grandes Estados, conmovida desde la quiebra del automatismo liberal, constituir complejas estructuras y reorganizar toda la actividad económica. La *Carta del Lavoro* ha hecho del régimen corporativo el Estatuto fundamental de la economía italiana. Se han creado los instrumentos de donde han de surgir las fuentes del Derecho, y se han echado los cimientos de la nueva ordenación agrícola, industrial, comercial, etc.; y ya no es un privilegio de esta última rama el espíritu organizador. El buen padre de familia ha sido sustituido por el empresario; el orden público por el orden corporativo, y los usos renovadores de la Ley Mercantil extenderán su acción vivificante a todos los sectores de la economía.

3.º Ciertamente, 'no pueden' desaparecer las diferencias que por razón de ciclos productivos, contenido de la hacienda, empleo de muebles o predios y mecanismo del crédito, separan a las economías industrial, comercial y agraria; pero la afirmación totalitaria borra las antiguas barreras y organiza las actividades sobre el mismo plano social, por lo que el problema de la especialidad y autonomía del Derecho mercantil se plantea bajo una nueva luz.

4.º Los Proyectos italianos de 1921 y 1925 no podían adoptar este punto de vista, sobre todo después del precedente sentado por la unificación técnica, antes que política, del Derecho de obligaciones suizo (1881-1912); mas la economía simple de la República Helvética no podía servir de programa al prodigioso y soberbio desarrollo del pueblo italiano.

5.º Radicalmente diversa la situación cuando el Guardasellos Dino Grandi reanudó la reforma, los nuevos principios del ordenamiento corporativo debían dominar el Proyecto de 1940, echando al suelo el sistema objetivo francés y reconstruyendo el Derecho mercantil sobre bases profesionales y corporativas, según la secular tradición italiana. Como disciplina del comercio en su organización (empresa

individual y colectiva), en su ejercicio (contrato de empresa, títulos de crédito), y en su liquidación (quiebra), el nuevo Código regula la economía mobiliaria organizada, dejando al Código civil el sector agrario.

6.º Para este último trabajo, el Consejo de Ministros, en 30 de noviembre de 1940, ha puesto como premisa fundamental la *Carta del Lavoro*, y así, el nuevo Código civil será la Ley de la economía organizada sobre el plano corporativo que, aparte de las relaciones familiares y de sucesión, no se limitará en las normas patrimoniales a fijar la disciplina de los elementos atómicos de la relación jurídica, sino que se extenderá a las profesiones, empresas, haciendas, en forma paralela a la adoptada por el Código mercantil.

7.º ¿Qué consecuencias tendrá esta *impostación*? Habrá quien piense que ha de mantenerse la separación entre ambos Códigos, porque así lo exige la naturaleza de las cosas (v. núm. 3.º). Pero esta solución llevaría a una duplicación de preceptos y pondría en riesgo la unidad orgánica de los principios de la economía organizada.

8.º Otra solución sería circunscribir el Código civil al Derecho de familia y al patrimonial entre individuos, separando del mismo el Derecho de la economía organizada en función del Estatuto profesional y de la empresa. La noción de Derecho económico no es nueva, y ha pasado desde el campo de la legislación económica de guerra al del Derecho público, y en un reciente volumen de Hedemann (*Deutsches Wirtschaftsrechts*. Berlín, 1939) se le adjudica la doble tarea de elaborar las relaciones del Estado con la Economía (reglamentación, intervención, jurisdicción) y regular los elementos de la autoadministración de la Economía: sujetos (empresa), instrumentos (contrato, propiedad), medios (Estatutos, mercados). Por interesante que sea la sistematización teórica, no puede servir de base a la legislación, y el mismo Hedemann la considera como un encuadramiento general. Además, el mundo de la economía y el familiar, aunque distintos, tienen instrumentos comunes, y la razón política y social de los institutos fundamentales, por ejemplo, la propiedad, se apoya en ambos. Y, sobre todo, el fascismo organiza a la Nación con la vista puesta no sólo en los valores económicos, sino en los espirituales y morales, en la Ley del ciudadano (o sea el Código civil).

9.º No queda más solución que la de redactar un Código unitario de familia y empresa, cuyas novedades en esta disciplina se tomarán

de las de las concepciones mercantiles, remozadas por las directivas nuevas. La hacienda, las Sociedades, los títulos de crédito se generalizarán no por una nivelación técnica, como la del Derecho suizo, sino sobre el plano corporativo, respetando las especialidades sustantivas y tomando del Derecho público lo adecuado, sin reparos y sin temor a las dimensiones. Porque como un Código corporativo debe dar únicamente las líneas generales y descentrar las funciones legislativa y de reglamentación, puede cumplir estos ideales el que se redacte con las notas simples de la tradición romana.

10. Ardua tarea será la impuesta, por la amplitud de la materia, la novedad del enfoque y la delicadeza de los futuros institutos; pero hoy se buscan los caminos nuevos y no se temen los atrevimientos. La codificación fascista es esperada por los pueblos como obra civilizadora, y la escuela italiana, bien orientada, estará a la altura de su misión.

GIOVANNI PUGLIESE.—*Actio e Diritto subiettivo*.—Roma.

En la sección romanista de la *Revista de Savigny* dedica a este libro Erich Hans Kaden unas cuantas páginas, que vamos a extractar.

La obra está dedicada a poner de relieve las relaciones existentes entre la *actio* del proceso formulario y el Derecho subjetivo, y en especial, a fijar el orden en que aparecen ambos conceptos y el respectivo contenido, para coronar las investigaciones con la afirmación de que la *actio* es la potestad de hacer que se aplique la sanción prevista como tutela de un Derecho subjetivo privado.

1.º Se rechaza la tesis de Binder, según la cual, en todo ordenamiento la *protección jurídica* es la que engendra el *Derecho*; ambas nociones pueden considerarse existentes al mismo tiempo, no como si la acción judicial fuese la madre y el Derecho lo engendrado. Y esto lo mismo cuando se reputa el Derecho subjetivo una potestad o señorío arbitrario (de voluntad), que cuando se le considera la contrafigura o el reflejo del deber y se le describe, con el autor, como "una situación particular de preeminencia de un sujeto de derecho frente a otro o a todos los demás, con referencia a un bien", como resulta de la obligación de éstos en favor de aquel que tiene por objeto dicha cosa buena.

2.º De más valía son las investigaciones sobre la relación histó-

rica, llevada con la doble finalidad: *a)* De señalar los casos en que la acción precede al Derecho, y *b)* De averiguar si el sistema jurídico de los romanos estaba orientado en sentido material (sustantivo) o procesal. La primera cuestión, *a)*, no se contesta de un modo *unitario*. En lo tocante a los derechos relativos, nacidos de la estipulación, sólo la *actio in personam* permite desenvolver el poder jurídico combativo contra una persona. Pero no puede afirmarse la prioridad de la *actio* cuando se trata de derechos absolutos, porque contrastada con el *señorío* que corresponde al sujeto, la *actio in rem*, ésta parece más bien una demanda de reconocimiento que presupone la existencia de aquél. *b)* Separándose de la afirmación de Wiënscheid: "La acción romana es la expresión, no la emanación del Derecho, porque es la acción la engendradora del Derecho, no el Derecho quien hace a la *actio*", reconoce el autor que si bien al Magistrado compete denegar la acción (*denegatio actionis*), en cambio las acciones o *formulae in jus conceptæ* presuponen la existencia del Derecho; de suerte que el otorgamiento de acción (*datio actionis*) tiene carácter declarativo, no constitutivo. Por otra parte, en el Derecho honorario, y, como Kaden añade, en el Edicto del Pretor, las fórmulas no tienen un significado puramente procesal, y al transformar un estado de hecho en una situación jurídica crean derechos subjetivos.

3.º La segunda parte de la obra, consagrada a determinar la igualdad o diferencia de los dos conceptos, niega que el Derecho romano clásico conociera una acción abstracta; cada *actio* presupone una demanda fundada (*ragione fondata*) y, en verdad, una relación jurídica concreta, trátese de derechos absolutos o relativos. Aquí coinciden ambos conceptos, y parece natural considerar la *actio* en sentido material y como Derecho subjetivo o, por lo menos, como aspecto esencialmente práctico del mismo. Esta consecuencia no se concilia con la afirmación de que el Derecho subjetivo es, más que el poder de actuar la sanción o de promover su actuación mediante el proceso, "una situación de preeminencia". Pero hay que poner en claro si el concepto de acción tiene solamente naturaleza procesal o también contenido material (valor sustantivo), y esto lo niega el autor, fundándose en numerosos pasajes que emplean indiferentemente *actio* y poder actuar (*agere posse*), así como en el conocido pasaje de Celso (*nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur iudicio perséquendi*), porque aquí aparece la naturaleza secundaria e instrumental de la acción, claramen-

te contrapuesta al deber cuyo cumplimiento tutela. A tal afirmación opone el recensionista que la *actio* no es meramente un derecho de proseguir un juicio (o poder de actuar), sino el derecho de perseguir en una contienda judicial la prestación debida; procedimiento y prestación van tan íntimamente unidos que es arbitrario separarlos o contraponerlos, y así los juristas designan el derecho del acreedor *actionen habere* (tener acción), y el del deudor, *actione teneri* (estar sometido a la acción). El mismo autor reconoce que la figura del Derecho subjetivo, en el campo de las obligaciones, queda un poco en la sombra, y que la *actio* se revela como un poder instrumental puesto al servicio, por decirlo así, del Derecho subjetivo, y éste aparece como un presupuesto de aquélla. Por el contrario, en el sector de los derechos absolutos que confieren al titular un poder sobre la cosa o sobre la persona, prescindiendo de los demás, las acciones no agotan el total contenido, y no es posible asimilar *jus* y *actio*, como lo demuestra que los juristas romanos emplean aquí la palabra *jus* en el sentido de Derecho subjetivo (por ejemplo, *jura prediorum*).

4.º La acción y derecho son, pues, conceptos que ni histórica ni dogmáticamente han estado siempre en igual relación, aunque el autor haya demostrado que siempre estuvieron íntimamente unidos y apoyada aquélla en éste. Para la figura de reclamación (*Anspruch*), en el sentido que le dió, con Windscheid, el Código civil alemán, como lazo de unión de ambos conceptos, no hay plaza en el ordenamiento jurídico romano, como también es equivocada la concesión de una *actio* al acreedor para cualquier obligación del deudor.

PERICULUM EST EMPTORIS.

I. El Derecho romano obligaba al comprador de una cosa a correr sus riesgos desde la perfección de la compraventa: "periculum est emptoris". La lucha en el campo romanista gira en torno a la cuestión de si este principio es de origen clásico (así la teoría dominante), o de si es un invento postclásico bizantino. La última tesis fué defendida por Franz Haymann (*Savigny-Zeitschrift*, tomo 41, págs. 44 y sigs.; 48, 314 y sigs.: y *Dogmatische Jurisprudenz*, tomo 79, págs. 95 y siguientes). Seckel-Levy mantuvieron en contra de estos ataques la doctrina dominante del origen clásico del mencionado principio (*Savigny-Zeitschrift*, tomo 47, págs. 117 y sigs.). Recientemente intervino

Krückmann en la contienda a favor de la teoría dominante (*Savigny-Zeitschrift*, tomo 60, 1940, págs. 1 a 79), y en la esperanza de resolver definitivamente el debate, que hasta ahora, según la autorizada opinión de Enneccerus Lehmann ("Lehrbuch des bürgerliches Rechts", *Recht der Schuldverhältnisse*, 1932, pág. 181, nota 13), se encontraba en una situación indecisa Krückmann pasa revista a todos los pasajes del "Corpus Juris" y demuestra su clasicismo. Además, opina que el discutido principio corresponde a la justicia más estricta. El vendedor, desde que se obliga a la entrega de una cosa específicamente determinada, debé abstenerse ya de toda disposición de dicha cosa, cuyos frutos y mejoras han de darse también al comprador. Por tanto, es justo que el comprador corra asimismo los riesgos de la pérdida o del deterioro de la cosa. "Commodum eius esse debet, cuius periculum est", y al revés. No incumbe a la finalidad de esta REVISTA entrar en los detalles de la mentada discusión romanista. Nos basta esbozar algunos de los argumentos esgrimidos a favor y en contra de la tesis dominante. Rabel (*Savigny-Zeitschrift*, tomo 42, págs. 548 y sigs.) alega, por ejemplo, como argumento "en pro", la disposición del Derecho romano, según la cual el comprador tiene que abonar al vendedor los gastos que este último hacía para alimentar, curar y enterrar a un esclavo vendido, pero todavía en posesión del vendedor. Franz Haymann cree, en cambio, que esta obligación del comprador nace del "cuasi-contrato", de la "negotiorum gestio". Krückmann dedica secciones especiales a la "emptio ad gustum" (págs. 24 y sigs.; v. artículo 1.453 Código civil español); a la "emptio ad mensuram" (páginas 35 y sigs.; v. arts. 1.469 y sigs. Código civil español); a la "emptio per aversionem" (págs. 45 y sigs.; v. art. 1.532 Código civil español); a la compra a elección (págs. 51 y sigs.) y a la doble-venta (página 54; v. art. 1.473 Código civil español). Finalmente discute Krückmann la incumbencia del peligro, si el vendedor ha señalado al comprador un plazo para el pago (págs. 54 y sigs.). Krückmann opina que ya antes de terminar el plazo incumbe al comprador el riesgo, puesto que el señalamiento del plazo se efectúa en su favor.

II. Despues de haber expuesto brevemente la situación actual de la discusión romanista, relatemos brevísimamente los rasgos históricos y de Derecho comparado de nuestro problema.

1) Derecho romano, antes de iniciarse la discusión arriba expuesta Ortolan ("Explicación histórica de las Instituciones", trad. española

la, tomo II, Madrid, 1873, pág. 306) dice lo siguiente acerca del crítico punto: "Hay otro efecto importante de la venta, cual es, que inmediatamente que se hace perfecta, y aun antes de la tradición, la cosa, en cuanto a los peligros que pueda correr, lo mismo que en cuanto a las eventualidades de producto y acrecimiento de que sea capaz ("periculum et commodum"), se considera de cuenta y riesgo del comprador: "Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum quod rei venditae contingit ad emptorem pertinet" (Cód. 4, 48. 1. const. de Alejand.). El Digesto y el Código contienen cada uno un título especial acerca de esta materia (Dig. 18. 6.; y Cód. 4, 48. "De periculo et commodo rei venditae"). y el párrafo siguiente de la Instituta nos explica el principio: Desde que se halla perfecto el contrato de venta, lo que sucede, como ya hemos dicho, en el punto en que las partes hayan convenido en el precio, si la venta se hace sin escrito, los riesgos de la cosa vendida pasan al comprador, aunque no se le haya hecho todavía la tradición. Si, pues, el esclavo ha muerto, o ha sido herido; si el edificio en todo o en parte ha sido devorado por las llamas; si el fundo en todo o en parte ha sido arrasado por la violencia del río, si por la inundación o por la tempestad que ha arrancado los árboles, se halla considerablemente reducido o deteriorado, el daño lo sufrirá el comprador, hallándose obligado, aun cuando no ha recibido la cosa, a pagar el precio de ella. En efecto, el vendedor, respecto de todo lo que sucede sin dolo ni culpa de su parte, se halla en completa seguridad. Pero, al contrario, si desde la venta ha crecido el fundo por aluvión, el provecho es para el comprador; porque las ventajas debe disfrutarlas el que corre los riesgos."

2) Derecho germánico: En el Derecho germánico antiguo no pasa el riesgo de la pérdida o del deterioro de la cosa vendida al comprador, sino con la transmisión de la "Gewere" (posesión) a éste. Respecto a inmuebles es decisiva la "Auflassung" (la transmisión de la propiedad mediante acuerdo especial entre ambas partes) (v. Hans Planitz, "Grundzüge des Deutschen Privatrechts", Berlín, Springer, 1925, pág. 97).

3) El Derecho común sigue naturalmente al Derecho romano. Thibaut ("System des Pandecten-Rechts", novena ed., Jena, 1846, tomo I, núm. 406 y sigs.) formula dos cuestiones. La primera es: ¿De quién es el daño, según las reglas generales, cuando acontece por

caso fortuito ("quis casum sentit")? La segunda pregunta reza así: ¿En qué casos incumbe excepcionalmente a alguien un daño, que según las reglas generales hubiera recaído sobre otro ("quis casum praes-tat")? Merece ser destacado el hecho de que Thibaut aborda la cuestión del riesgo en su Parte General de las obligaciones, al igual que el problema de la evicción. El Código civil español sigue su ejemplo en lo que se refiere al riesgo (v. arts. 1.096, pár. 3., y 1.182 y sigs.), mientras que encierra el problema de la evicción en el capítulo especial de la compraventa (arts. 1.475 y sigs.). Ahora bien: Thibaut, al tratar el caso de que se pierda o deteriore una cosa específicamente determinada, enseña (1. c., p. 346): "En este caso libera el caso fortuito al deudor de su obligación, y el acreedor debe soportar el "periculum dete-riorationis" e "interitus". Respecto a la compraventa, rige la regla especi-cial, de que el vendedor liberado por el caso fortuito hasta puede exigir del comprador el precio. Pero esta regla no se puede aplicar a otros ne-gocios." Destaquemos que Thibaut ya distingue entre la pérdida de una cosa como *causa extintiva de la obligación que recae sobre ella*, y como *causa extintiva de una segunda obligación que recae sobre la con-traprestación de la cosa feneida*. Thibaut opina que, por regla gene-ral, la pérdida de una cosa extingue a la vez la obligación, cuyo ob-jetivo forma, como la que implica la contraprestación. Sólo en el caso de la compraventa se limita la pérdida de la cosa vendida a la extin-ción de la obligación del vendedor, dejando intacta la del compra-dor. Esta excepción infringe evidentemente el carácter sinalagmáti-co del contrato, así como el requisito de la causa, siempre que se exija la existencia de la causa durante toda la vida del contrato, y no sólo en el momento de su perfección.

4) Derecho comparado: Al Derecho romano sigue la mayoría de los países (Francia, Bélgica, Italia, Suiza, Holanda, España, Ingla-terra, veintisiete Estados de los Estados Unidos de Norteamérica y la Rusia soviética). El Derecho germánico se ha impuesto al Código civil alemán, al Código civil austriaco, así como a los Derechos escandi-navos (v. Lehmann, 1. c., pág. 372; y el trabajo allí citado de Eisser, "Die Gefahrtragung beim Kauf in rechtsvergleichender Darstellung", 1927).

III. Derecho español: El Código civil reglamenta nuestro pro-blemática tanto en la Parte General de las obligaciones como respecto a los diferentes contratos especiales.

1) Parte General de las obligaciones: El artículo 1.096, párrafo 3.º, establece, que si el obligado se encuentra en mora o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas, serán de su cuenta los casos fortuitos, hasta que se realice la entrega. Esta disposición permite un "argumentum e contrario". Si el deudor no se constituye en mora ni se halla tampoco comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas, se libera de su obligación por la pérdida fortuita de la cosa o queda libre por entregar la cosa deteriorada. Esta regla se encuentra expresamente en el artículo 1.182. La cuestión de si el acreedor, por cuya cuenta corre normalmente el riesgo, queda obligado a efectuar una posible contraprestación, no puede ser contestada en este lugar, puesto que esta hipótesis parte ya de un contrato sinaligmático, mientras que la Parte General de las obligaciones no supone ni siquiera un contrato, sino sencillamente una obligación. Sin embargo, permitenos el artículo 1.186 barruntar la solución del Código civil. Este precepto dice: "Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviera contra terceros por razón de ésta". Esta disposición, de origen romano, se explica solamente si el acreedor, en cambio, queda obligado a hacer la contraprestación de la cosa perdida y en cuyo trueque recibe las descritas acciones.

2) Derecho de compraventa: El artículo 1.452 hace referencia a los artículos 1.096 y 1.182. En el caso de una obligación genérica, el riesgo pasa del vendedor al comprador desde el momento en que se concreta la deuda (art. 1.452, pár. 3). El pensamiento del Código civil resulta, por lo demás, de los artículos 1.487 y 1.488.

El artículo 1.487 establece que si la cosa vendida se perdiera por efecto de los vicios ocultos (es decir, por calidades inherentes a la cosa en el momento de la compraventa), el vendedor, conociéndolos o no conociéndolos, sufrirá la pérdida y deberá restituir el precio. Si, en cambio, la cosa se pierde, después de la celebración del contrato, por caso fortuito (y con más razón tratándose de culpa del comprador), se libera el vendedor y puede pedir o conservar, además, el precio. Aun en la hipótesis de que la cosa que se pierda por caso fortuito después de la celebración de la compraventa, tuviera vicios ocultos, rige el principio expuesto, con la sola diferencia de que al vendedor corresponde el precio meramente en la medida del valor real de la cosa vivida. Este es el sentido del artículo 1.488: "Si la cosa vendida tenía

algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse."

IV. Al final, queremos establecer las distinciones dogmáticas que han resultado de la anterior exposición: Hay que distinguir la pérdida de la cosa como causa extintiva y como causa productora de obligaciones.

1) Como causa extintiva: La pérdida de una cosa extingue siempre y sin excepción alguna la obligación dirigida a su entrega. Esta regla se deduce del principio perteneciente al Derecho natural de que "ad impossibilita nemo tenetur". Por lo tanto, el artículo 1.182 está mal redactado. La obligación de entregar una cosa determinada queda siempre extinguida cuando ésta se pierde, con o sin culpa del deudor y antes o después de haberse éste constituido en mora. Lo que de estas circunstancias depende no es la extinción de la obligación de entregar una cosa determinada, sino el nacimiento de una nueva obligación sustitutiva de la primera. Tratándose de un contrato sinalagmático, hemos de investigar si la pérdida, además de extinguir la obligación dirigida a la entrega de la cosa perdida, extingue también la obligación del acreedor de la primera dirigida a la contraprestación de la cosa perdida.

2) Como causa productora: La pérdida de una cosa puede producir una nueva obligación secundaria, encaminada, por ejemplo, a ceder al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de la pérdida (art. 1.186), o a indemnizarle, etcétera.

El nuevo Derecho civil alemán.

Los civilistas alemanes están actualmente elaborando un nuevo Código civil, que a diferencia del "Bürgerlichen Gesetzbuches", que es un libro destinado a especialistas, tiene las aspiraciones de constituir un verdadero "Volksgesetzbuch" o sea un "Código popular" (1). En los trabajos preparatorios se discuten, entre otras cosas, dos problemas

(1) Véase en el número 152 de REVISTA CRÍTICA las páginas 39 y 40.

muy interesantes, que han encontrado eco en dos artículos en el tomo 146 del "Archiv für die civilistische Praxis".

I. El primer trabajo se debe a la pluma de Philipp Heck, y se titula: *La Parte General del Derecho Privado* (1). Como es sabido, posee el "Bürgerliches Gesetzbuch" (BGB) actual una Parte General. El manual más divulgado sobre esta materia, el de Enneccerus-Nipperdey, es asequible a los juristas españoles en la magistral traducción de Blas Pérez y Alguer, motivo por el que prescindimos de una detallada exposición del contenido de aquella Parte. Basta indicar los siguientes títulos: "Personas físicas"; "Personas jurídicas"; "Cosas"; "Negocios jurídicos"; "Plazos"; "Prescripción"; "Ejercicios de los derechos, legítima defensa, autoayuda"; "Garantías". El plan de estudios, ya vigente, ha suprimido la asignatura correspondiente a la "Parte General". También la nueva codificación tiene pensado abolirla. Heck se opone a ambas exteriorizaciones de la misma hostilidad frente a la Parte General.

1) Los adversarios de la Parte General en el plan de estudios opinan, que ésta no debe iniciar el estudio jurídico. El estudio jurídico debe empezar con la "jurisprudencia de la vida cotidiana". Los conceptos generales asustan a los estudiantes y les hacen odiar para toda su vida el estudio del Derecho. La Parte General debe sólo aparecer después en la "Filosofía de Derecho". Entre los adversarios de la Parte General descuellan K. A. Eckhardt y v. Schwerin. Heck, asistido por Manigk (2), intenta desvirtuar estos ataques. En primer lugar, afirma Heck, que los estudiantes poseen una idea práctica de las instituciones, que forman parte de la agredida disciplina general. Todo el mundo sabe prácticamente lo que es un negocio jurídico (una compraventa, un arrendamiento, un testamento), una cosa, una persona jurídica, etcétera. En segundo lugar, objeta Heck, que los iconoclastas confunden la nefasta jurisprudencia conceptual con los utilísimos conceptos generales. La jurisprudencia conceptual consiste en la errónea creencia, de que la definición de un concepto general puede brindarnos la reglamentación jurídica de un fenómeno sociológico. Así, incurre, por ejemplo, en el crimen de hacer jurisprudencia conceptual el que rechaza los derechos del "nasciturus", puesto que sólo las personas pueden ser ti-

(1) Páginas 1 a 27.

(2) Véase REVISTA CRÍTICA, 1940, páginas 492 y siguientes

tulares de derechos y porque sólo los entes independientes son personas. En un caso dudoso no debemos consultar nunca la definición de un concepto, sino exclusivamente los intereses en juego. Si la situación jurídica de un "nasciturus" merece en ciertos aspectos la misma protección que la que disfruta un hombre ya nacido, o el "nasciturus" se reputa persona o la titularidad de derechos no es característica de la personalidad. En cambio, necesitamos forzosamente los conceptos generales, para abarcar con un solo vocablo muchas situaciones, análogas desde cierto punto de vista jurídico. En consecuencia, no merece aplauso la lucha contra los conceptos generales. Aun los llamados conceptos concretos son, en realidad, conceptos genéricos (1). Su uso es irremediable. Sin embargo, existen tres posibilidades para hacer frente a la situación. La primera posibilidad consiste en repetirse incesantemente, solución que nadie defenderá. La segunda posibilidad consiste en dar en un lugar especial la reglamentación detallada y hacer referencia a ella en todos los sitios donde se repite el problema. La tercera posibilidad es la elegida por el B G B, y consiste en la segregación de la parte común, solución que Heck estima también superior a la segunda alternativa. En fin, no pertenece la Parte General a la "Filosofía de Derecho". La Parte General debe dar una introducción: la Filosofía de Derecho, en cambio, constituye la coronación del estudio. Por todos estos motivos, milita Heck en favor de la conservación de la Parte General en el plan de estudios.

2) Pero también aboga en favor de su incorporación al nuevo Código civil Heck se ve obligado a luchar, por un lado, contra Larenz; por el otro, contra Nipperdey. Larenz afirma que el término "contrato", debe restringirse al Derecho patrimonial "inter vivos", mientras que en el Derecho de familia y en el de sucesión debe hablarse de "unión". Las voces correspondientes alemanas son "Vertrag" por una vertiente, y "Einung" por la otra. La conciencia popular, según Larenz, entiende por "contrato" no sólo el consentimiento referente a la constitución de un contrato, sino exige tam-

(1) Respecto a la "jurisprudencia de intereses" recomendamos la contribución de Jerónimo González en el homenaje a Felipe Clemente de Diego, así como su artículo "Jurisprudencia de intereses", en esta REVISTA (1935, págs. 408 y sigs.). Respecto a la oposición entre conceptos abstractos y concretos, referimos a nuestros lectores a *Las tendencias del Nacionalsocialismo* (1940, págs. 150 y 151).

bien que su contenido y duración dependan de la voluntad de las partes. Como en el Derecho de familia y en el de sucesión faltan estas características, debe prescindirse en él de dicho término. En consecuencia, cae por su pie la razón de considerar los conceptos sobre contratos, contenidos en la Parte General del B G B, como generales, puesto que en toda regla no se aplican sino al Derecho patrimonial "inter vivos". Heck demuestra que la limitación del concepto "contrato" al Derecho de obligaciones arraiga en el Derecho pandectista, y, por lo tanto, en el Derecho romano, y que precisamente el ámbito amplio de la noción "contrato" corresponde al antiguo Derecho germánico. Nipperdey ataca la Parte General en la nueva codificación, porque reune disposiciones heterogéneas. Heck no combate este reproche: lo que sí combate es, que se trate de un reproche. Para Heck, la Parte General agrupa los preceptos, que rigen en las Partes Especiales. No hace falta que estos preceptos sean entre sí homogéneos. Respecto al Derecho comparado merece mención, que el nuevo Proyecto húngaro de 1928 (traducción alemana de 1940) suprime la Parte General, lo que Hedemann ("Deutsche Justiz", 1940, página 1139) interpreta como síntoma, de que esta institución ha caído definitivamente en desuso. En cambio, no se debe citar la ausencia de una Parte General en el Código civil suizo como una expresión de hostilidad. Más bien nos encontramos con motivos meramente históricos. El Derecho de obligaciones estaba plasmado ya en un Cuerpo legal. Extendiéndose la Parte General a los negocios y a la prescripción, hubiera hecho necesaria una modificación del "Derecho de obligaciones", y se quería evitar esto. Desde luego, no consentiría el autor del Código civil suizo, Eugen Huber, la incorporación de la Parte General a la "Filosofía de Derecho", puesto que Huber —como podemos alegar, corroborando la opinión de Heck— distingue rigurosamente la "Teoría general del Derecho" en el sentido de Adolf Merkel y Bierling, de la "Filosofía de Derecho", y define, además, la "Teoría General del Derecho" como aquella materia que reune los conceptos comunes a los diferentes ordenamientos jurídicos; de modo que ni siquiera incluye en la "Teoría General de Derecho" la "Parte General" del Derecho civil (v. Eugen Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung*, Basel, 1920, págs. 10 y siguientes). Finalmente, llamamos la atención sobre el hecho de que el "Codex iuris

canonici" de 1917 conoce en su "Liber primus" determinadas "normae generales" (can. 1 a 86).

II El Códico civil alemán separa rigurosamente el aspecto causal y el aspecto abstracto en los negocios. Piénsese, por ejemplo, en una compraventa en cuya celebración el comprador estafó al vendedor. En este caso, el vendedor podrá impugnar el contrato por ser afectado por el vicio de dolo. Pero la impugnación destruye sólo la compraventa. En cambio, sigue válida la transmisión de la propiedad de la cosa vendida. El vendedor tiene solamente un crédito obligacional por razón de enriquecimiento torticero contra el comprador, para que le retransmita la propiedad de la cosa. Sólo a un examen superficial puede aparecer esta situación equivalente a la de una nulidad de la primera transmisión de propiedad. En efecto, según el Código civil alemán existe entre la primera transmisión (hecha por el vendedor al comprador) hasta la retransmisión, a la que la impugnación de la compraventa obliga al comprador, un intervalo, durante el cual el comprador es verdadero propietario. En consecuencia, han de reputarse válidas las enajenaciones que realiza el comprador en este intervalo. O figúrese que el comprador quiebra durante el citado intervalo. En esta hipótesis pertenece la cosa vendida a la masa sometida a la administración, y a la liquidación de la quiebra, mientras que el vendedor no es sino un mero acreedor con un crédito, que se cumplirá a prorrata, según las reglas y el resultado de la quiebra. Al fin del siglo pasado y al principio del presente se celebraba el distingo entre negocio causal y abstracto como una de las innovaciones más felices de la legislación alemana. Hoy día, dominando el campo de batalla corrientes antiabstractas, se anemataiza apasionadamente el mismo distingo como algo artificial, ajeno a la conciencia popular y digno de ser suprimido. El catedrático de Breslau, Heinrich Lange, publica un interesante artículo: "Rechtsgrundabhängigkeit der Vennföigung im Boden-und Fahrnisrecht" (1) (Dependencia de las disposiciones sobre muebles e inmuebles de la causa), artículo basado sobre una ponencia, de la que el autor se hizo cargo en una sesión de la "Akademie für Deutsches Recht" (Academia de Derecho alemán), en otoño del año 1938 en Dresden.

A título de introducción, afirma el autor, que si bien es verdad

(1) L. c., págs. 28 a 49.

que el principio abstracto debe su dominio al historismo y al liberalismo, no lo es menos que no nos deben interesar los móviles de una Ley, sino sólo sus efectos. Ahora bien, el distingo entre negocio causal y abstracto produce efectos prácticos sólo en casos excepcionales, es decir, en la hipótesis de la nulidad de la causa. Normalmente las causas son válidas, y el distingo carece prácticamente de importancia. El hecho de que el principio abstracto cobra sólo vida en casos patológicos explica que el pueblo lo desconozca. Sin embargo, hay que reconocer que, además de ignorarlo, le parece injusto que el enajenante pierda su derecho para facilitar el tráfico. Pero tenemos que investigar si realmente existe tal injusticia. Para este efecto hay que distinguir los diferentes casos de la nulidad del negocio causal. El enajenante no merece compasión, si la nulidad radica en la inmoralidad, la ilegalidad o la simulación del negocio. Tampoco la merece si la nulidad se deriva de su "reservatio mentalis" o de su intención, de considerar el negocio como una broma no obligatoria. En estos casos establece el Derecho alemán la nulidad del negocio, si la otra parte contratante se dió cuenta de la "reservatio" o de la citada intención. En cambio, es acreedor a nuestra piedad, si la nulidad se basa sobre el dolo o la coacción del adquirente o de terceros. En los casos de error se deberá distinguir si era excusable o si no lo era. Podemos eliminar del ámbito de los casos restantes aquellos en los que el enajenante se encuentra en posesión de una contraprestación equivalente. Además, prodúcense sólo efectos perjudiciales para el enajenante, si en el intervalo en que el adquirente, a pesar de la nulidad del negocio causal, resulta auténtico propietario, hubiesen tenido lugar quiebras, embargos o enajenaciones. Finalmente, puede el enajenante asegurar su crédito por razón de enriquecimiento torticero, mediante una anotación preventiva respecto a inmuebles y mediante una "prohibición de enajenar" respecto a muebles, ganando así un derecho casi real sobre la cosa enajenada.

A pesar de haber achicado de esta manera el ámbito práctico del problema, quedan todavía numerosos casos, en los cuales el juego del principio abstracto conduce a resultados injustos. La jurisprudencia revela el acierto de esta afirmación, puesto que aplica con cierta frecuencia dos puntos de vista para remediar la situación. El § 139 del Código civil alemán dice que, si una parte del negocio es nulo, lo es también, en casos de duda, la parte restante. La jurisprudencia,

considerando en determinados casos el negocio causal y el negocio abstracto como uno solo, deduce de la nulidad del negocio causal la del negocio abstracto. En otros casos considera la jurisprudencia el negocio abstracto como condicionado por la validez del negocio causal, lo que también la lleva al resultado apetecido de destruir simultáneamente negocio causal y negocio abstracto. Puesto que en todas estas situaciones ya se ha encargado la jurisprudencia de la resolución de las injusticias, no hace falta modificar la Ley.

Ahora bien: introduciendo el principio causal en el Derecho—una vez delimitada bien su esfera—, ¿qué consecuencias resultan para la seguridad del tráfico? Lange opina que esta seguridad no sufrirá ningún detrimiento por el dominio del principio causal. La protección de la buena fe seguiría rigiendo en el Derecho alemán. El poseedor de un mueble se presume propietario (§ 1.006); una presunción análoga milita en favor del que está inscrito en el Registro (§ 891). La adquisición del no propietario sigue protegida, con tal que se haya realizado de buena fe.

La discusión alemana en torno de la reforma planeada debe encontrar en España la más viva atención. Como se ve, están moribundas ya en Alemania muchas de aquellas instituciones que se tenía pensado introducir en España. El Derecho alemán del porvenir se acerca, en cambio, tanto en lo que respecta a la abolición de la Parte General, como en lo atinente al principio de causalidad, al Derecho español vigente. Respecto al último punto, se recomienda la introducción del principio de tradición. Véase Hermann Krause, "Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts" (en *Arch. f. d. Ziv. Praxis*, 1939, páginas 312 y sigs.).

LA REDACCIÓN