

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año XVI

Noviembre de 1940

Núm. 150

---

## La legislación procesal de la guerra y la postguerra

---

El procedimiento y las sentencias posteriores al 18 de julio  
de 1936 en territorio no nacional (\*)

Mientras que la Comisión general de Codificación, reorganizada hace poco, lleva a cabo su labor de preparación y estudio de nuevos Códigos y Leyes, que ahora ha de ser, por necesidad, como ya se ha anunciado, meditada y lenta (1), el Estado Nacional ha atendido a las perentorias necesidades jurídicas surgidas como consecuencia de la guerra, mediante una serie de disposiciones, que, en parte, tienen por objeto ordenar situaciones transitorias y, en parte, se proponen atender a las exigencias de la vida del Estado, en régimen de normalidad.

La gran mayoría de las normas procesales dictadas durante la guerra son preceptos menores, y han tenido carácter circunstancial; de manera que su vigencia ha terminado rápidamente o al acabar la contienda. Otras, son reconstructivas. Así, especialmente, la Ley sobre creación del Tribunal Supremo Nacional (Leyes de 27 de agosto de 1938 y 30 de junio de 1939); el Decreto sobre Magistraturas del Trabajo (Decreto de 13 de mayo de 1938 y siguientes), y la Ley acerca de la Jus-

(\*) Este artículo fué escrito en enero de 1940, no habiendo podido ver la luz hasta ahora por razones diversas de carácter material.

(1) Cfs. mis "Notas preliminares para una reforma de la Justicia", en la revista *Universidad* (también impresión separada), Zaragoza, 1939, esp. págs. 17 y sigs.

ticia Municipal (Ley de 8 de mayo de 1938). Pero ahora no vamos a ocuparnos de ellas.

Queremos hoy destacar una disposición incluible en aquel grupo primero, pero que es digna de estudio por su fondo procesal y por su importancia para la parte de España que no estuvo sometida al Gobierno Nacional desde el primer momento. Se trata de la Ley de 8 de mayo de 1939 (anunciada en la Orden de 26 de abril de 1939), sobre privación de la fuerza de cosa juzgada a las sentencias recaídas en territorio rojo, convalidación (o no) de procedimientos y restitución de acciones, completada por el Decreto de 30 de diciembre de 1939 (*Boletín Oficial* del 10 de enero de 1940) (1).

Partiendo de la realidad inconclusa—como dice la Exposición de Motivos de la L.—que la jurisdicción ejercida en territorios de dominación roja quedó privada de legitimidad, todas las actuaciones y pronunciamientos recaídos en ellos deberían ser absolutamente nulos; pero como la aplicación estricta de este principio llevaría consigo una repetición de todos los procedimientos, en daño de la economía procesal, la L. trató de coordinar los dos extremos, como se verá seguidamente. Mas como todavía, según ella, habían de quedar sin valor actos procesales que fueron realizados antes del 18 de julio y todos aquellos que el Gobierno Nacional ha estimado después conveniente tener por eficaces, se dictó recientemente el D. referido, el cual, aunque variando su criterio en cada materia e instancia, ha distinguido diversos momentos procesales, acudiendo a principios de derecho transitorio, porque, al fin, no se trata sino de un problema de transición, cualificado por consideraciones de soberanía y políticas.

Para un estudio de las normas que ambas disposiciones contienen, es conveniente adoptar cualquier criterio sistemático. Por ejemplo, el siguiente:

**Principio general.**—“Se priva a todas las resoluciones, de cualquier clase que sean, en los órdenes civil, contencioso-administrativo y penal, dictadas por funcionarios extraños al Movimiento Nacional, y a partir del 18 de julio de 1936, del carácter de firmes, y, en su consecuencia, no

(1) En adelante, la Ley será citada con la abreviatura L., y el Decreto, con D. Cuando se lea la fecha 18 de julio, entiéndase de 1936. *L. E. c.* = Ley de Enjuiciamiento civil.

producirán los efectos de la cosa juzgada ni la excepción que la protege" (L., art. 1.º).

El principio ha encontrado, después de la publicación del D., el siguiente desarrollo en los diversos órdenes jurisdiccionales e instancias.

### I.—Materia civil.

#### 1.—PRIMERA INSTANCIA.

A) Ni la L. ni el D. contienen normas acerca de las actuaciones realizadas *antes* del 18 de julio, tanto en los pleitos aún pendientes como en los ya fallados, como hace para la apelación y la casación, según se verá después, por razones obvias y de economía procesal. Por aplicación del principio estricto de la L., tales actuaciones resultan nulas.

B) Las sentencias, sea cual sea el tiempo en que se hayan realizado los actos procesales, son nulas. Para sustituirlas se concede: *apelación* en todos los juicios declarativos ordinarios o especiales (L., artículo 2.º, *a*) ; *audiencia*, en los sustanciados en rebeldía, sin necesidad de que se den los requisitos que marca la L. E. c. (arts. 773 y siguientes), porque cabe presumir una ocultación del demandado por temor de peligro o estancia en zona nacional (L., art. 2.º, *d*), *i*) ; y la *reproducción* de los procedimientos ejecutivos, ejecuciones de sentencias, concursos o quiebras y procedimientos hereditarios (L., art. 2.º, *b*), *e*).

#### 2.—CUESTIONES DE DIVORCIO.

El Decreto de 2 de marzo de 1938 suspendió la tramitación de las cuestiones de divorcio, y antes de las Leyes de 23 de septiembre y 26 de octubre de 1939, sobre derogación de la de divorcio y sus consecuencias, el art. 6.º del D. declaró *nulas* todas las actuaciones practicadas en esta materia por funcionarios al servicio de la dominación roja.

#### 3.—APELACIÓN.

A) *Recursos pendientes en el momento de la liberación.*

a) Interpuestos con *anterioridad* al 18 de julio. Las actuaciones realizadas *hasta esa fecha* son *válidas* (arg. D., art. 5.º, I).

Los actos procesales *posteriores* a ésta no son nulos de pleno dere-

cho, sino sólo *anulables* a solicitud de parte, con ficción de conformidad con ellos y consiguiente *convalidación* si no media tal solicitud (D., art. 5.º, I). Caso de pedirse la anulación, el procedimiento se restituye al estado en que se hallara dicho día.

b) *Interpuestos con posterioridad al 18 de julio.*

Por la redacción del D. parece que tampoco las actuaciones son nulas *ipso iure* (arg. D., art. 5.º, II), y no hay razón para pensar de otro modo, pues, como en el caso anterior, se trata de actos posteriores al 18 de julio; es necesaria la instancia de la parte interesada. Pero el efecto de la declaración de nulidad es distinto, pues la sustanciación se retrotrae al momento procesal de comparecencia ante la Sala (D., artículo 5.º, II).

Ahora bien, en los dos casos, el legislador, que adopta aquí el criterio de no declarar nulidades de pleno derecho, separándose del que sigue para la primera instancia, acude a una ficción, de conformidad con las actuaciones procesales posteriores al 18 de julio y consiguiente privación del derecho a *pedir la nulidad*, en la hipótesis de que posteriormente a la liberación del territorio en que se hallara enclavada la Audiencia se haya dictado providencia notificada en forma y consentida por las partes o se haya ejecutado algún acto procesal con su intervención (D., art. 5.º, III).

Este precepto es vulnerable desde un punto de vista técnico-procesal, porque envuelve una aplicación retroactiva del D. en un sentido muy particular, como es presumir la renuncia del derecho a pedir la nulidad en tiempo en que aún no se había concedido tal derecho (ni siquiera se encontraba reconocido en la L., que, como sabemos, es anterior en más de seis meses).

B) *Recursos de apelación fallados.*

a) Ni la L. ni el D. distinguen entre el material instructorio anterior o posterior al 18 de julio que pueda ser base del fallo, como hace, según hemos visto, para los recursos pendientes (en apelación), y, como veremos también, para la casación, y en materia contencioso-administrativa. Declaran, pues, sin tal distinción, *nulas* las sentencias dictadas en apelación en juicios declarativos ordinarios y especiales, incluso interdictos; y para sustituirlas conceden un remedio nuevo, llamado *recurso de revista*, que se sustancia ante la misma Sala sentenciadora,

según el procedimiento de la apelación y con la casación, contra la sentencia que recaiga, si procede, según la L. E. c. (L., art. 2.º, c) y f); D., art. 5.º, IV).

b) Aparte, y a diferencia de esto, el D., en el apartado c) del artículo 2.º, que trata de la "revisión" de las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo extraño al Movimiento Nacional, parece regular una "revisión" de oficio (en la forma que veremos después)—por el Tribunal Supremo—de las sentencias dictadas por Tribunal de la dominación roja (indudablemente, de Apelación), en el caso de que por la parte perjudicada no se use el derecho de interponer el "recurso" de revista, al que acabamos de aludir, y que, como sabemos, se ventila ante la misma Sala sentenciadora.

Dicha revisión (aunque el precepto que comentamos remite a su propio apartado a), que distingue los actos anteriores y posteriores al 18 de julio, para valorar, en diversa medida, estos últimos) resulta consistir en la declaración de nulidad de todo lo actuado, con reserva a la parte de su derecho para recurrir ante el Tribunal sentenciador de instancia en la "forma procedente" y dentro del plazo que señala—y veremos en su lugar: infra, IV, 3—(D., art. 2.º, c). Pero, precisamente, la "forma procedente" es, a nuestro juicio, el remedio de la *revista*. antes referido, en a) (confróntense las citas legales). A menos que hubieran de entenderse las palabras de la fórmula del D. en el sentido de que el Tribunal Supremo anula la sentencia de apelación y se vuelve a la primera instancia o al momento procesal de interposición del recurso ante la Sala, que es la solución dada en materia administrativa contenciosa y en el orden penal (infra, 5; y II, 1, B); III, A), porque en estas materias no se concede el recurso o remedio de la revista. Ahora bien: la coordinación de esta posible interpretación con el pensamiento de la L. (no obstante reducirse la *revista*, en último extremo, a una nueva apelación) es muy dudosa.

#### 4.—RECURSOS DE CASACIÓN.

##### A) *Recursos pendientes.*

Las disposiciones que estudiamos no hacen diferencia entre los interpuestos antes y los presentados después del 18 de julio, como la estableció en la apelación. Por lo tanto, sólo se distinguen:

##### a) Actos procesales anteriores al 18 de julio.

Son *válidos* (arg. art. 3 del D. en relación analógica con artículo 2.º, apartado *a*), punto primero).

*b) Actos procesales posteriores al 18 de julio.*

Por aplicación analógica del apartado *a*) del artículo 2.º del D. (declarada en esta hipótesis también por el artículo 3.º del D.), todas las actuaciones posteriores al 18 de julio deberían ser nulas, pero el D. dice: "bastando la ratificación de las actuaciones, si fuere procedente, o su reproducción, en el caso de que las *posteriores al 18 de julio* se hubieran seguido conforme a las leyes nacionales aplicables" (D., artículo 3.º). He aquí una disposición que parece oscura. La última parte —nos aventuramos a suponerlo—quizá se deba a la promulgación de leyes nuevas sobre la materia en territorio rojo, realidad que ha motivado preceptos especiales (infra, *B*), *c*), y III, 1, *A*), *b*).

*B) Recursos fallados.*

Procede entonces la "revisión" de oficio establecida en el apartado *g*) del art. 2.º de la L.

El carácter de las resoluciones del Tribunal Supremo (sientan Jurisprudencia, y en ellas se ventila, con especial intensidad, la soberanía del Estado Nacional) aconsejan absolutamente la revisión de oficio. Pero cabría quizás haber salvado esta exigencia no dando a tal "revisión" otro alcance que al recurso de casación establecido por la L. E. c. (artículo 1.782) en interés de la L. en el caso de que la parte interesada no instase; lo que no significaría otra cosa que persistir en el criterio seguido por la L. y el D. en primera instancia y en apelación, teniendo en cuenta que el proceso civil está dominado por el principio dispositivo, en cuanto mediatamente, afecta a intereses privados.

Los momentos procesales que distingue el legislador son éstos:

*a) Cuando la totalidad* de la instrucción se efectuó *antes* del 18 de julio, los actos son válidos (arg. art. 2.º, apartado *a*), punto primero del D.), y únicamente es necesaria la celebración de *nueva vista* (ibidem).

*b) Si sólo una parte* de los actos se realizaron *antes* del 18 de julio, únicamente ellos son válidos, y los *posteriores* a esa fecha son ineficaces, por cuya razón el procedimiento se *restituye* al estado en que se hallara ese día, continuando de oficio la sustanciación, hasta dictar el fallo que corresponda, si las partes, debidamente citadas, no interviniéran (D., art. 2.º, *a*).

c) Para un caso especial hace el D. un apartado independiente. Se refiere a los recursos interpuestos o tramitados al amparo de disposiciones emanadas del Gobierno marxista, y para ellos declara la nulidad de todo lo actuado, pudiendo los interesados interponer los recursos que fueran procedentes, con arreglo a las disposiciones del Gobierno Nacional (D., art. 2.º, b) (véase infra, III, 5).

Esta norma no sólo encierra un precepto procesal formal, sino la negación de la acción que resultaba concedida por aquellas disposiciones, y en su lugar se concede la acción que esté reconocida por el Derecho Nacional.

#### 5.—RECURSOS DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE LA GENERALIDAD.

No se hace distinción entre recursos preparados, pendientes y fallados, ni, en los dos primeros supuestos, entre actuaciones anteriores y posteriores al 18 de julio, sino que, por virtud de lo establecido en la L. (art. 5.º, I) y en el D. (art. 4.º), son nulos todos los actos y todas las sentencias; de suerte que se ha de acudir ante el Tribunal Supremo de la Nación, previa preparación en el Tribunal de instancia, si no acuden a la *revista*, por tratarse de sentencia dictada por Tribunal extraño al Movimiento.

En lo futuro, todos los recursos para los que fuera competente el llamado Tribunal Supremo de la Generalidad de Cataluña, se han de interponer ante el Tribunal Supremo del Estado, porque tal organismo regional dejó de existir con la derogación del Estatuto de Cataluña y por deducción de lo dispuesto en la L. Esta, por lo demás, parece restituir plazos que podían ya estar caducados, pues habla, sin precisar momento, de "fallos susceptibles de casación anteriores a la misma fecha" (es decir, al 18 de julio) (L., art. 5.º, II). Aunque también las palabras de la L. pudieran interpretarse en el sentido de una alusión a sentencias no firmes aún el 18 de julio.

#### 6.—RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS.

##### A) *En juicios fallados.*

Permite el D. interponer apelación, juntamente con la apelación sobre el fondo o con el "recurso" de *revista* en los casos tratados

antes (*supra*, 1, *B*), y 3, *B*) *a*), contra las resoluciones interlocutorias que hubieran podido recaer, con el efecto de una resolución previa del mismo, por la influencia que esa resolución puede tener sobre la cuestión principal (D., art. 6, I).

B) *En juicios pendientes.*

Agrega el D. en el artículo últimamente citado: "Si la resolución de carácter interlocutorio [a que se refiere el párrafo anterior] se hubiere dictado en juicio no fallado, podrá serapelada dentro de la prórroga..., produciendo la apelación los efectos que procedan con arreglo a la ley de Enjuiciamiento civil" (D., art. 6.<sup>o</sup>, II).

Pero este precepto es inaplicable para la primera instancia, porque, como ya se ha visto (*supra*, 1), no se distingue el momento procesal de "juicios no fallados"; y con respecto a la segunda instancia, es preciso concordarlo con las diversas situaciones procesales que distingue el D., en algunas de las cuales será improcedente (cfr. *supra*, 3).

## II.—Materia contenciosoadministrativa.

### 1.—INSTANCIA PROVINCIAL.

A) *Recursos pendientes.*

*a)* Interpuestos antes del 18 de julio.—No se acude a la anulabilidad, como en apelación civil. Por el contrario, son *nulos* todos los actos posteriores a dicha fecha; son *válidos* los anteriores, de suerte que el procedimiento se restituye al indicado momento. Como en la casación civil.

*b)* Interpuestos con posterioridad al 18 de julio.—Todos los actos son *nulos* y, en consecuencia, se han de interponer de nuevo los recursos.

B) *Recursos fallados.*

*a)* Igual que en los pendientes, son *válidas* las actuaciones *anteriores* al 18 de julio; *nulas* las *posteriores*, y el procedimiento se restituye al estado que tuviese dicho día.

*b)* En consecuencia, cuando los recursos hayan tenido sus actos *después* del 18 de julio, las sentencias en ellos recaídas son *nulas*, y el recurso se ha de *interponer de nuevo*.

c) Las sentencias que se encuentren en el Tribunal Supremo para apelación, es decir, en virtud de recursos simplemente interpuestos y todavía no comenzados a tramitar, han de devolverse al Tribunal Provincial, para someterlas al tratamiento que corresponda, según lo dicho (L., art. 4.º, primera parte; D., art. 10 y art. 8.º, III).

Obsérvese que el legislador no ha optado en materia administrativa contenciosa provincial por conceder la apelación (así en la civil), pues ello hubiera llevado consigo una sobrecarga para el Tribunal Supremo, de no seguir otro camino (como hizo con la "revista" civil).

## 2.—RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO.

### A) *Pendientes.*

En primer lugar, sobre los recursos de apelación simplemente interpuestos, véase lo dicho antes en 1, B) c).

Se aplica la misma solución que en la instancia provincial (supra, 1, A). (D., art. 8.º, I y II).

### B) *Fallados.*

Idénticos principios rigen para las sentencias dictadas en virtud de apelación que para las revisoras de acuerdos de la Administración Central (salvo en lo que atañe a la publicación de las nuevas sentencias en el *Boletín Oficial*). Y en cuanto a las apelaciones, no se acude al remedio de la "revista", que vimos empleado para la segunda instancia civil. A saber:

Otra vez, las disposiciones que estudiamos no separan las actuaciones, base de la sentencia, anteriores y posteriores al 18 de julio. Se declaran simplemente *nulas* las sentencias y se dispone su "revisión" de oficio (L., art. 4.º, segundo punto). Pero nótese que, después de esta declaración, el D. únicamente prescribe una repetición de la vista (no de todos los actos), previa presentación de las partes, en el plazo que establecen, si no hubieran comparecido ya, y traslado de los autos al Ponente, dictándose la nueva sentencia, con o sin asistencia de las partes (D., art. 7.º).

Ahora bien: independientemente de esta, o de cualquiera otra solución procesal por la que hubiera optado el legislador, queda una nueva faceta del problema de lo contencioso-administrativo. Porque en esta manifestación de la jurisdicción no sólo se ha de ver la actuación pro-

cesal, sino entrar en el análisis de la naturaleza misma de tal jurisdicción. Ella constituye, en efecto, un control externo de determinados actos o resoluciones administrativas (L. J. Cont.-Admva., artículo primero y siguientes), y lo primero que habría que examinar es la legitimidad de los actos de la Administración central o local después del 18 de julio, para de esta suerte resolver si la nueva situación jurídica administrativa que haya de producirse, aun después de haber mediado una resolución judicial o de hallarse pendiente un procedimiento de esta clase sobre ellos, debe serlo en virtud de un nuevo fallo que sustituya al anterior (objeto de las disposiciones que nos ocupan, y de las cuales la L.—art. 7.<sup>o</sup>—establece los efectos de la nueva cosa juzgada) (infra IV, 3 y 6) o de una declaración general o particular, para cada caso concreto, de ilegitimidad de todas las resoluciones administrativas adoptadas por autoridades extrañas al Gobierno Nacional (cfr. D. de la Junta Técnica del Estado, de 1 de noviembre de 1936 y Orden del Ministerio de la Gobernación de 21 de diciembre de 1938, art. 1.<sup>o</sup>).

### 3.—RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA GENERALIDAD.

Sustenta aquí el D. el mismo criterio que en materia civil. Véase lo dicho antes, I, 5. Aunque no se dice expresamente, no cabe duda que debe tener aplicación analógica lo establecido sobre los recursos de apelación meramente inetrpuestos (supra, I, B), c) (véase también I, 5, párrafo primero, al final). No habla el D. como para los recursos en materia civil, de nueva preparación o interposición ante el Tribunal *a quo*, sino de instar nuevamente los recursos ante la Sala tercera del Tribunal Supremo del Estado (L., art. 5.<sup>o</sup>, I; D., art. 9.<sup>o</sup>).

### III.—Materia penal.

#### 1.—CAUSAS POR DELITOS. INSTANCIA ÚNICA.

##### A) *Fase de sumario.*

###### a) Sumario sincoados *antes* del 18 de julio.

Los actos de instrucción *anteriores* al 18 de julio son *válidos* (arg. art. 12, I del D.).

En cuanto a los actos *posteriores*, a diferencia de lo que para otras materias e instancias se ha dispuesto, no se declara una nulidad legal, sin duda porque aquí actúa el control del Ministerio Fiscal, encargado de examinar previamente la legalidad y regularidad procesal de los actos, independientemente de que en muchas ocasiones, por la naturaleza de las cosas, sería imposible reproducirlos. Son *válidos* como regla, es decir a menos que el Ministerio Fiscal solicite la declaración de nulidad, con indicación del momento procesal a que ha de restituirse el sumario (D., art. 12, I).

b) Sumarios incoados después del 18 de julio.—Se aplica idéntico criterio. La petición del Ministerio Fiscal lleva consigo la declaración de *nulidad*, con reposición del procedimiento al estado de denuncia o querella (D., art. 12, II).

Se entiende, esto sólo en el caso de que se trate de persecución de delitos castigados en el Código penal o leyes especiales vigentes el 18 de julio. De no ser así, es decir, si la sanción fué establecida por leyes o disposiciones dictadas por organismos rojos, los sumarios son *nulos* en su totalidad, porque el Estado Nacional no reconoce la acción (D., artículo 13, en relación con el 12).

#### B) *Fase intermedia.*

a) Causas pendientes de sobreseimiento, apertura de juicio oral o celebración de vista.

En las causas que se hallen en cualquiera de estos tres momentos que distingue el D., con algún acto realizado después del 18 de julio, se abre un vasto campo a la iniciativa del Ministerio Fiscal, cuyas peticiones son *vinculantes* para el Tribunal, únicamente llamado a darseles fuerza. En estos casos se dispone que las Audiencias ordenen el examen de las causas por el Ministerio Fiscal, el cual, acomodándose a las distinciones que hace el D.—ya expuestas antes (supra, A)—, puede solicitar:

α) Declaración de *validez* de las actuaciones practicadas y la *continuación* del procedimiento ante la Audiencia, desde el momento procesal que estime oportuno.

β) Esta misma declaración de *validez*, con propuesta de nuevos actos.

γ) Declaración de *nulidad* de todo o parte de lo actuado después del 18 de julio, con *reposición* al estado de sumario. O bien

δ) Declaración de *nulidad* de todo el *sumario*, si se trata de delitos sancionados en leyes nuevas (supra, A), b), apartado segundo) no nacionales (D., art. 14).

b) Causas sobreseídas.

Ordena el D. que se pasen al Ministerio Fiscal, a fin de que, haciendo la valoración a que se refieren los artículos 12 y 13 (supra, A), formule alguna de las peticiones del artículo 14, antes especificadas (supra, a), o incluso solicite la anulación del auto de sobreseimiento, con apertura del juicio oral. También aquí la solicitud que formule el Ministerio Fiscal es vinculante para el Tribunal (D., art. 15).

C) *Causas falladas.*

El D. viene a aclarar las dudas que originaba el artículo 3.<sup>º</sup> de la L. (apartados I y II). Completando el pensamiento de ésta y con el fin de que el Ministerio Fiscal pueda ejercitar libremente su iniciativa, declara *anulables* todas las sentencias pronunciadas en materia penal por los Tribunales u organismos, cualesquiera que fuesen su denominación y jerarquía (tribunales irregulares), encargados de la Justicia, a partir del 18 de julio, en la zona sujeta a la dominación marxista (D., art. 16, I).

Las peticiones que puede formular el Ministerio Fiscal, obligatorias para el Tribunal, se especifican en el D.

a) Que se *reponga el procedimiento* en el estado de sumario, o al momento procesal de plenario que estime oportuno, después de la valoración ordenada en el art. 12 y en el 13 (supra, A).

b) Que se proceda a la celebración de *nueva vista oral*.

c) Que, sin actuación alguna, se dicte *nueva sentencia*.

d) Que se declare la *nulidad total del procedimiento*, con arreglo al artículo 13 (supra, A), b).

Siendo ineficaces, como principio general de la L., todas las sentencias dictadas por funcionarios y organismos extraños al Movimiento Nacional, es evidente que ni ellas mismas ni sus motivaciones pueden invocarse como precedente ni influir en las nuevas resoluciones. Si todos o algunos de los actos que les sirvieron de base son valorados, ello se debe a consideraciones de utilidad y de economía procesal (D., art. 16).

Tratándose de causas por delitos *perseguibles sólo a instancia de parte*, el D. (en contradicción con lo prescrito por la L. — artícu-

lo 3.º, II—, véase lo que se dice después en 2), legitima al Ministerio Fiscal, además de al ofendido (art. 17, I), para todos los efectos indicados, sin excluir ni siquiera los delitos del artículo 463 del Código penal (de 1870; 443 del Código de 1932), pero de tal manera que en caso de peticiones dispares prevalece la del Ministerio Fiscal, y ello con la motivación —acertada, indudablemente— de que no hay delicta privata, porque, en todo caso, la pena y el interés por el castigo del culpable son públicos (D., art. 17, II).

## 2. CUESTIONES DE FALTAS. PRIMERA INSTANCIA Y APELACIÓN.

No se distinguen épocas (aunque los juicios de faltas son rápidos, es posible una actuación anterior y posterior al 18 de julio), momentos procesales, ni en este terreno, asuntos pendientes o fallados, primera instancia o apelación, lo cual sin duda originará dificultades en la práctica.

La L., de un lado, habla únicamente de *nulidad* de las sentencias, concediendo *apelación* o, en su caso (sólo aquí se recuerda la segunda instancia), la *casación* por infracción de ley (L., art. 3.º, III). El primero de estos dos recursos cabe en las circunstancias que han motivado las disposiciones que nos ocupan, y ya lo vimos concedido en materia civil (supra, I, 1, B), pero no sucede lo mismo con el de casación, porque exige una motivación, y precisamente dentro de alguno de los números del art. 849 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, que responden a razones, exigencias y finalidades por completo extrañas a dichas circunstancias. Por esto, justamente, para las apelaciones civiles se acudió al remedio de la “revista” (supra, I, 3.º, B), *a*).

El D.—en lo que regula, según lo dicho al principio—rectifica esa doctrina, y ello plantea el problema de la preeminencia de una norma sobre otra, problema que todavía no se puede resolver por el Derecho político del Estado Nacional, aún en formación (cfr. Leyes de 30 enero 1938, art. 17, II y 8 agosto 1939, art. 7.º). Por otra parte, tampoco cabe sujetarse a una disposición derogatoria, caso de ser posible jurídicamente, dado el rango de la segunda norma, porque el D. carece de ella, en cuanto se publicó con el designio (véase la Exposición de Motivos) de subsanar omisión de la L. El pensamiento del D. es el que sigue:

Se faculta al Ministerio Fiscal (representado por el Fiscal Municipal, autorizado por el de la Audiencia, al cual ha de acudir en consulta),

y su petición obliga al Juez, para solicitar la *nulidad del procedimiento*. La parte que se considere agravada goza de legitimación para lo mismo; pero si el Ministerio Fiscal no se adhiere a su petición y la sentencia que recaiga fuera igual que la anulada, incurre en un multa de cincuenta pesetas como máximo (sobre esto infra, IV, 5.º) (D. artículo 18, II y III).

Esto, bien entendido, si el Juez extraño al Movimiento Nacional procedió con arreglo a normas penales vigentes con anterioridad al 18 de julio, pues en otro caso, como en causas por delitos (véase antes), son totalmente *nulos* los juicios de faltas *incoados y resueltos desde tal fecha hasta el momento de la liberación* (D., art. 18, I).

### 3.—RECURSOS DE CASACIÓN.

#### A) *Recursos pendientes*.—No está previsto el caso.

Los recursos simplemente interpuestos (contra sentencias dictadas después del 18 de julio), un poco diversamente de lo que ocurre en materia civil (supra, I, 3.º B) b) y análogamente a lo dispuesto para lo contenciosoadministrativo —salvando la diferencia de materias— (supra, II, 1, B) c), pasan al Tribunal de instancia, en cuanto se trata de sentencias anulables, para someterlas al examen y depuración correspondiente, según lo prescrito en el artículo 16 del D. (supra, I, C), y la *interposición del recurso es nula* (D., art. 11, IV).

#### B) *Recursos fallados*.

No se separan momentos procesales, como en materia civil y contenciosoadministrativa, y como en la única instancia penal, donde tan amplia es la intervención del Ministerio Fiscal.

Viniendo a los actos procesales base de la sentencia, son *válidos* los *anteriores* al 18 de julio, y *nulos* los *posteriores*, de manera que si la interposición se realizó después, habrá de reiterarse dentro del plazo que marca, siempre, naturalmente, que la sentencia recurrida sea anterior al 18 de julio, porque si no es así hay que remitirla al Tribunal de instancia, como se acaba de indicar (D., art. 11, II y III).

### 4.—FASE DE EJECUCIÓN.

#### A) *Amnistías e indultos*.

Constituyen materia política o de Gobierno. Son nulas las amnis-

tías y los indultos generales o individuales otorgados por los organismos o autoridades rojas después del 18 de julio (D., art. 20).

B) *Remisión condicional de penas y libertad condicional.*

Son nulas las resoluciones sobre estas materias, tanto favorables como negativas, que se hallen en el caso anterior. Se ordena expresamente que las nuevas resoluciones que puedan dictarse en sustitución de las anuladas se acomodan al derecho vigente entonces (D., art. 21).

5.—ACCIONES NUEVAS.

Como en materia civil (supra, I, 4.º, B) c), véase también III, 1, A) b), se declaran *nulos* los recursos e ineficaces las resoluciones correspondientes (negación de la acción), llámense de plena jurisdicción o de otra manera, creados por organismos o autoridades rojas (D., artículo 19).

IV.—Anexos procesales.

1.—RESTITUCIÓN DE ACCIONES.

No sería justo que, si por causa del desorden revolucionario, por efectos de la guerra o por haber mediado manejos delictivos, hubieran desaparecido las actuaciones o faltasen en ellas materiales probatorios aportados, sustanciales o necesarios para juzgar, se hiciera imposible el nuevo examen de los asuntos, al cual tienden los recursos y remedios de la L. y el D. Por ello, la primera, en tales hipótesis, *restituye* las acciones consumidas al demandante y su posición defensiva al demandado que se hubiera allanado.

La acción restituída ha de ejercitarse dentro de un año, a contar desde la publicación de la L., prorrogable por otro. Durante este tiempo queda interrumpida la prescripción, y, aunque no lo diga la L., se producen las demás consecuencias materiales y procesales que son propias (L., art. 10). (Véase, sobre el plazo, infra, 3.º).

2.—RECURSOS SUBSIDIARIOS DE NULIDAD DE ACTUACIONES.

Establece la L. (art. 8.º) que no obstará lo dispuesto en ella al ejercicio de las acciones de nulidad de actuaciones o del juicio (éste,

como es sabido, sólo procede por errónea determinación de la cuantía o en el arbitraje) que sean procedentes en los casos taxativos señalados en la I. E. c. Pero el primero de ellos no parece practicable en la primera instancia civil, pues, como sabemos (*supra*, I, 1), nada se valora de ella; y en todo caso hay que observar el—acertado—principio jurisprudencial (Tribunal Supremo, 6 julio 1915, etc.) de que sólo cabe cuando se han apurado sin éxito los ordinarios (L. E. c., artículo 745, 1.º).

### 3.—PLAZOS.

La L. señaló el plazo de tres meses (art. 2.º, *j*) para el ejercicio de los recursos y remedios que concede, sin marcar ninguno para las “revisiones” de oficio ni para la materia penal, por lo que el último estado anterior prevalece hasta que recaiga nueva resolución o se vuelva al momento procesal señalado; y para el caso especial de los recursos de casación (sin distinguir materias), para cuyo conocimiento no tiene ya competencia el extinguido Tribunal de la Generalidad, se refirió al plazo de la I. E. c. (art. 5.º, II).

Después, el Decreto de 21 de agosto de 1939 amplió tal plazo hasta el 31 de diciembre del mismo año. Por último, el D. (artículo 1.º) lo ha prorrogado hasta el 31 de marzo de este año, pero, además, permite la ampliación judicial, sin tope, si el Tribunal competente aprecia la existencia de fuerza mayor. Y a él habrán de sujetarse los interesados para el ejercicio de los recursos y remedios que concede.

Los efectos de la caducidad del plazo son evidentes, después de la declaración de nulidad de todas las resoluciones dictadas en zona no nacional con posterioridad al 18 de julio. Es decir, que, en principio, y en todos los casos en que sea necesaria instancia privada, según lo aducido, las cosas vuelven a la situación que tenían antes de dictarse la sentencia anulada, con sus consecuencias de prescripción, etc., y si, en materia contencioso-administrativa, no se anulan determinadas resoluciones administrativas posteriores al 18 de julio (*supra*, II, 2.º, hacia el final), pueden volver a su vigor.

En cuanto al plazo concedido para ejercitarse las *acciones restituídas*, es de un año, a contar desde el día de la publicación de la L., ampliable judicialmente por justas causas, por un nuevo plazo prudencial, que no podrá exceder de otro año. Durante el mismo, agrega la L. y es evidente, queda interrumpida la prescripción (L., art. 10).

Estas normas están dadas con fines muy loables de justicia; pero no se puede olvidar la incertidumbre en que quedan los derechos durante todo el segundo año de restitución de las acciones, dentro del cual son posibles ampliaciones (prórrogas) y por el tiempo indefinido del artículo 1.º, apartado II del D. Una situación análoga se produce en los casos de rebeldía y del recurso de revisión, pero aquí la L. E. c., para evitar esta inseguridad, ha señalado límites (véase, por ejemplo, L. E. c. artículos 774-777 y 787; 1.798 y 1.800).

#### 4.—PRUEBAS.

Se derogan las preclusiones para las pruebas en los casos en que se acude a la apelación, a la audiencia (rescisión) o al remedio de la "revisa", y, por consiguiente, se pueden aportar toda clase de pruebas sin limitaciones, cosa natural, porque todas estas defensas se conceden, no como engranadas en un sistema normal de instancias, que obedece a determinados principios, sino como expedientes revisorios a los cuales se acude por razones de conveniencia (L., art. 2.º, *h*), en relación con *a*), *c*) y *d*).

#### 5.—COSTAS.

He aquí un extremo que, tal como se regula en la L., nos parece absolutamente discutible, examinado a la luz de la técnica procesal.

Prescribe la L. (art. 9.º) que siempre que los pronunciamientos que recaigan en los recursos establecidos sean confirmatorios de los anteriormente dictados, se impondrán las costas a la parte que resulte condenada en la integridad del fallo recurrido, y agrega que si la condena no fuese integral, los Tribunales podrán moderar la de costas o no hacer especial imposición de las mismas, exceptuándose siempre los casos en que se trate de una revisión de oficio (véase D., art. 2.º, *a*), II). Por su parte, el D., al conceder legitimación a la parte que se considere perjudicada, en cuestión de faltas (supra, III, 2.º hacia el final), establece una *multa* para el supuesto de que, no habiéndose adherido el Ministerio Fiscal a su petición, la nueva sentencia que recaiga sea igual (¡no confirmatoria!, como dice la L.) a la anulada (D., artículo 18, III).

El pensamiento que inspira a la L. y al D. no es ya sólo la desconfianza que despierta la justicia otorgada por funcionarios no nacionales, sino su ilegitimidad (Exposición de Motivos de la L.), y,

como lógica consecuencia, en el hecho de que la nueva resolución sea igual a la anulada, no se puede ver más que una coincidencia casual, nunca una confirmación en un orden normal de instancias, justificativa de la condena al pago de las costas. Además, declarados ineficaces todos los fallos dictados después del 18 de julio en zona no Nacional, es obvio que no pueden servir de materia de comparación. Téngase en cuenta, por último, que la conminación con esa condena opera en un sentido de retraimiento, que no es deseable.

#### 6.—EFECTOS DE LAS NUEVAS SENTENCIAS.

Son la conclusión adecuada a la premisa de la L. A saber: Las sentencias firmes que por el ejercicio de los recursos que concede se dicten y sean revocatorias de las anteriormente pronunciadas, *causarán estado* entre los litigantes y perjuicio respecto a terceros, con efecto de retroacción al inicio de las actuaciones, y, además, producirán de pleno derecho la *nulidad* de las situaciones jurídicas creadas como consecuencia o al amparo de las actuaciones y resoluciones que hayan quedado ineficaces (L., art. 7.º). Hasta el último extremo, es decir, anulación de inscripciones en Registros públicos, etc.

No se excluyen de estos efectos a las sentencias resultantes de la "revisión" de oficio en materia civil y administrativa contenciosa, por que lo que, como se apuntó en el lugar correspondiente (supra, I, 4.º, B) y II, 2.º B), habrán de producir efectos entre las partes, aunque no hayan intervenido, y ello implicará conformidad con el estado jurídico anterior a la sentencia "revisada".

#### 7.—OTRAS MATERIAS NECESITADAS DE REGULACIÓN.

Habrá que aplicar los principios generales de interpretación, teniendo en cuenta que el criterio del legislador es la *nulidad* como regla, en las materias que no hayan sido previstas.

Entre éstas se encuentra la *jurisdicción voluntaria*, si bien cabe esperar que se decreten las medidas convenientes, tratándose, como se trata, de un vastísimo campo, y que tan varios actos comprende, los cuales no pueden quedar en la inseguridad.

# La propiedad inmueble en Marruecos como base posible del crédito territorial

La propiedad colectiva es la norma general del mundo árabe. La propiedad individualizada, semejante a nuestro Derecho de dominio pleno y base necesaria de todo crédito territorial, es la excepción, y aparece como producto de una evolución tardía, tan distinta en sus orígenes, principios y desarrollo del Derecho europeo, que exige como antecedente necesario la exposición de unas ideas elementales, forzosamente incompletas.

Marruecos pertenece al mundo oriental. El olvido de este simple hecho ha dado lugar a errores profundos al estudiar superficialmente sus organizaciones jurídicas tradicionales referentes a la propiedad inmobiliaria.

El profesor de la Universidad de Argel, Gautier, confiesa que después de treinta años de residir y de estar en contacto con el Oriente, con preocupaciones de curiosidad profesional, no conoce a nadie que haya encontrado una respuesta satisfactoria a la diferenciación precisa del Oriente y el Occidente. Existe la afirmación de Kipling: "east is east and west is west", y el que todos los que se han ocupado de esta cuestión están conformes en que son dos mundos, dos planetas diferentes sin intercomunicación. Los Jóvenes Turcos, los Jóvenes Egipcios, los Nacionalistas Arabes, son orientales que buscan furiosamente el camino intelectual que conduce de unos a otros.

El Imperio romano no fué en Oriente más que una armadura administrativa externa, y no dejó en Marruecos ningún recuerdo jurídico. "Rindamos—dice Surdón— a la cultura clásica de inspiración grecolatina que sirvió de adorno a nuestra inteligencia, el homenaje que le debemos; pero guardémonos, cuando tratemos de Derecho musulmán, de calzarnos las botas de los romanos." Marruecos, situado en África y formando parte del Mundo Musulmán, debe a éste su tradición jurídica.

cuya fuente originaria la constituye el Korán. Este libro, revelado al Profeta, fué consignado por escrito poco después de su muerte, según la tradición, por el "secretario" de éste, Zeid-ben-Thabit, bajo la vigilancia de Abu-Berk, que redactó un Korán que se conservó por la familia del primer Califa. Hacia el año 650 se instituyó una Comisión para ayudar a Zeid-ben-Thabit, que redactó el texto definitivo en la forma que se conoce.

La ciencia del comentario nació de las dudas interpretativas a que daba lugar su lectura. Tabarí (año 923), Zamacori (1143), Beidawi (1286), Razi (1209), Jalal-ed-din-el Mahali (1459) y Jala-ed-din-es-Soyuti (1505), son los comentaristas más famosos.

El Korán, por ser la auténtica palabra de Alah, no puede ser repetida más que en árabe, y toda traducción es herética. Sólo una evolución profunda del pensamiento musulmán ha podido admitir las traducciones del Libro Santo. Pero por la antítesis a que aludimos entre el Mundo Oriental y el nuestro, es muy difícil, aun haciéndolo cuidadosamente y aunque se procure salvaguardar el colorido, conservar su sentido exacto.

El Korán es completado con la *Sunna* o tradición del Profeta, colección de *hadiths*. Los sabios del Islam compusieron, en el siglo IX, colecciones que son la fuente de todos los estudios tradicionalistas. La de Bokhari (870), la de Moslim (875), la de Baghawi y la Nawawi son las más estimadas.

Las opiniones individuales no tienen valor hasta que no reciben el asentimiento de los teólogos y juristas de la época o la de los doctores de la Medina. Sin esto no pasan de adaptaciones analógicas, manifestadas principalmente en las *fetuas* o consultas jurídicas redactadas por los *Ukiles* o *Mufties*.

La variedad de doctrinas que nacieron de esta diversidad de fuentes impidieron la unidad y dieron lugar, en el citado siglo IX, a los cuatro ritos—no sectas—que gobiernan el Mundo Musulmán ortodoxo: el Hanifita, el Chafita, el Hambalita y el Malekita. Este último es el que prevaleció en Marruecos.

\* \* \*

Los cuatro ritos aceptaron la declaración del Primer Príncipe Al-mohade (siglo II de la Hégira, XII de nuestra Era), que atribuyó a los

Sultanes, como Imanes o representantes de Dios, la soberanía absoluta sobre el suelo, del que se consideran propietarios, siendo sus súbditos meros usufructuarios. De esta forma se transformó en precepto positivo el principio abstracto enunciado en el capítulo V, versículo 176; capítulo XLIV, versículo 1, y capítulo XLVII, versículo 1, del Korán, que proclama que la tierra es de Dios y el hombre es su detentador momentáneo.

De aquí se deriva toda la teoría de las diferentes clases de propiedad.

Es difícil exponer resumidamente el concepto y la evolución de la propiedad privada musulmana. Puede observarse—decía en una de mis publicaciones (1)—, estudiando el origen y la evolución de la propiedad, que la lucha entre el elemento individual, que otorga al titular del mismo la preferencia en el disfrute de los productos y en la disposición de la cosa misma, y el elemento contrario, que reclama para la colectividad estas preferencias, no surge hasta que la organización económica no lo hace necesario, en cuyo momento comienza la propiedad a definirse con las características de exclusividad, permanencia y estabilidad.

En Marruecos, como las tribus son móviles y esencialmente independientes de la tierra, hasta tiempos muy recientes no aparece el momento a que aludimos. Mesurar la fija entre los años 1822 y 1894, en que la calma relativa de los reinados de Muley Abderramán, Mohamed ben Abderramán y Muley Hassan permite a las tribus prolongar su residencia y adherirse a la tierra; pero esta fijación de la tribu al territorio sufre, a su vez, todas las contingencias de los sucesos políticos, por los que pasaban rápidamente de la tranquilidad a la guerra y de la sumisión a la rebeldía, lo que exigía un desplazamiento frecuente de aquéllas.

Si unimos a esto que la explotación agrícola radicaba más en la ganadería que en el cultivo, comprenderemos fácilmente que tenga más extensión e importancia la propiedad atribuida al grupo o tierra colectiva que la propiedad a título privado, correspondiente a un individuo o varios propiindiviso.

A esto se añade el reflejo que el Derecho de propiedad recibe del espíritu religioso, del afán conquistador y guerrero de los musulmanes, de la propia condición física del terreno y de la extensión del mismo. Por ello, el régimen inmobiliario de Marruecos, en sus diferentes mo-

(1) *Tierras Guich.* Editorial Africa, 1933.

dalidades, es consecuencia natural del contacto de todos los elementos que venimos consignando.

El estudio de la cuestión en conjunto demandaría una gran extensión. Nos limitaremos simplemente a estudiar el hecho de la existencia en Derecho musulmán de la propiedad privada inmobiliaria, que recibe el nombre de *Tierras Melk*.

Esta propiedad privada *individualizada* es el último episodio de la evolución; a la propiedad tribal sucede la familiar; al concepto de la propiedad de un grupo étnicopolítico, el de la noción de la propiedad de una pluralidad de individuos unidos por un nexo económico; luego se discrimina y diferencia la propiedad colectiva de la indivisa, que es la primera forma de la propiedad privada.

\* \* \*

La propiedad privada o *Melk* nace de dos únicas fuentes: *la concesión del Soberano* y la *vivificación de la tierra*. Si aquélla se hacía a título definitivo o perpetuo, se denomina *tenfida* o *iktaa el temlik*; si es sólo temporal se llama *iktaa el intifaa*. Fácilmente se desprende que la concesión tiene poca importancia en el conjunto general, al lado del modo vivificador.

La teoría de la vivificación de la tierra ha pretendido asimilarse a las concepciones jurídicas europeas, cometiéndose un gran error. Decir que es equivalente a la usucapión sobre *res nullius* es una enorme herejía jurídica. En Derecho musulmán, la *res nullius* no existe. No hay ninguna tierra sin dueño, porque todas pertenecen en principio al Soberano. Y la usucapión o prescripción adquisitiva, como institución jurídica, es desconocida. La prescripción en este Derecho es solamente extintiva (1).

El reconocimiento de la propiedad a favor del que vivifica la tierra

(1) Los artículos 1.660 y 167 del Código Civil otomano vigente, relativos a los efectos de la prescripción se los reconocen únicamente extintivos. Sin embargo, el Derecho musulmán, que desconoce la prescripción adquisitiva, o usucapión, llega al mismo resultado al admitir la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, estableciendo el plazo de diez años, transcurridos los cuales el poseedor no podrá ser despojado por el ejercicio de aquélla: precepto que hay que relacionar con el concepto de función social y ejercicio real del derecho del poseedor, pues siempre el hecho material de la posesión es el argumento principal de la propiedad, cuando ha sido pacífica, pública y a título de dueño.

tiene un fundamento social. Las *tierras muertas* se convierten en *Melk*. El trabajo que pone en producción las tierras que no estaban cultivadas, ni eran dependencia de ellas (*harim*), se ve recompensado con el reconocimiento de un derecho de propiedad. Sólo sobre esta clase de tierras, originariamente muertas, y no sobre las que tengan el carácter de *magzhen*, *naibas*, *colectivas*, *habus* o *guich* (1) tiene la vivificación valor y eficacia. Hasta tal extremo es función social la propiedad privada, que en puro derecho, el abandono a la improductividad de la tierra vivificada devuelve a ésta su antigua condición de tierra muerta y extingue el derecho de propiedad.

La propiedad privada o *Melk* es la única que legalmente puede ser transmitida por cualquiera de los medios reconocidos en derecho. La prueba fehaciente de este derecho de propiedad privada es distinta según su origen.

Cuando se debe a la concesión del Soberano, el escrito en que se consigna es el título formal; pero cuando tiene su origen en la vivificación no hay posibilidad de establecer dicho título sino *a posteriori*, por medio de un acto de notoriedad, que es también necesario en el caso de concesión para constatar que la misma se ejerció en realidad, sin cuyo requisito no tiene eficacia.

Michaux Bellaire hace notar que la necesidad de la organización de la propiedad privada no se hace sentir en las sociedades patriarcales, que viven agrupadas en tribus. Todas las mutaciones por sucesión o contratuales se realizan entre gentes que viven en común desde tiempos remotos. Los matrimonios con personas ajenas son rarísimos, y más aún las ventas a extraños a la tribu, cuya propiedad está defendida por un curioso derecho de retracto llamado *chera*, al que hay dedicada abundante bibliografía.

Tal vez a causa de ello no existen en Derecho marroquí títulos—en sentido de documentos—que acrediten plenamente una transmisión de propiedad. De la organización tribal surge la importancia y trascendencia de la prueba testimonial, que en Derecho marroquí es la prueba por excelencia, y la única—a excepción de la confesión—que se considera jurídicamente completa. La prueba escrita—el documento—no

(1) No estudiamos lo que se entiende por tierras *magzhen*, *naibas*, *colectivas*, *habus* y *guich*, por no permitirlo la índole de este trabajo, obligadamente corto. Tampoco podemos, por idéntico motivo, desenvolver el concepto de tierra muerta, que puede verse en mi libro citado.

aparece en este Derecho más que como un accesorio de la testimonial; es la indicación de lo que manifiestan unos testigos que podrán deponer en caso necesario sobre un hecho determinado. "El escrito en sí mismo —dice Khalil— no tiene ninguna fuerza probatoria."

Estos escritos, usados en el sentido indicado para las transmisiones o acreditaciones de la propiedad, han de ser redactados por doce testigos, por seis testigos y un *adel*, o por dos *adules* (1), y reciben el nombre de *Mulkia*, que se llama, en el primer caso, *chaada adliya ilmiya*, y en el segundo, *chaada lafif*. Estas *mulkias* no podían extenderse sin autorización del *Cadí* (Juez), que para darlas necesitaba a su vez las declaraciones previas del Amín el Mustafá, el Pachá y el Nadir de Habus, en las que se consignase que la parcela que iba a ser objeto de la *mulkia* no pertenecía a los bienes Magzhen, guich o habus. Posteriormente, el *Cadí* tiene que homologar las firmas de los *adules*.

Fácilmente se comprende que las *mulkias* no consagran el Derecho de propiedad, acreditando solamente el modo de adquisición o el hecho de la posesión. Los problemas de preferencia entre las que presentan los diferentes litigantes son de los más interesantes del Derecho de propiedad marroquí.

Estas ideas elementales permitirán posteriormente tratar de las cuestiones referentes al acceso de los extranjeros a la propiedad privada inmobiliaria en Marruecos, al régimen actual de la misma bajo los Protectorados y a la posibilidad de su manejo como base del crédito territorial.

R. V. FRANQUEIRA.

(1) Los *adules*—plural de *adel*— son testigos de especial excepción, nombrados a este título por el *Cadí*, que puede retirarles la *adalía*. La homologación, que actualmente se limita, por degeneración de la costumbre jurídica, a la certificación formal del acto, en derecho estricto debía hacerse también sobre el fondo del mismo. Esta formalidad se llama *kitab*.

## ¿Son inscribibles en el Registro de la Propiedad los actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia marital o autorización judicial?

Si consultamos sólo el Código civil, la contestación a dicha pregunta habrá de ser forzosamente negativa, pero si examinamos la doctrina, algo vacilante, que sobre este punto contienen varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros, nos asaltará la duda.

En efecto: el Código civil, en su artículo 61, dice: "Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la Ley." Y añade el artículo 62: "Son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los artículos anteriores", ratificando así, para este caso concreto, la disposición de carácter general del artículo 4.<sup>º</sup> de dicho Cuerpo legal: "Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley..."

Y no sólo el artículo 61 transcritó, sino otros del Código, ratifican y remachan la prohibición a la mujer casada de celebrar contratos sin licencia marital o, en su defecto, sin la habilitación o autorización judicial. Así, el 995 dice: "La mujer casada no podrá aceptar ni repudiar herencias sino con licencia de su marido o, en su defecto, con aprobación del Juez." El 1.053 declara: "La mujer no podrá pedir la partición de bienes sin la autorización de su marido o, en su caso, del Juez." El 1.387 dice: "La mujer no puede, sin licencia de su marido, enajenar, gravar ni hipotecar los bienes parafernales." Tampoco puede enajenar ni gravar los de la dote inestimada, según el artículo 1.361, ni puede aceptar donaciones condicionales u onerosas sin dicha licencia, a tenor del artículo 626, amén de otros artículos que le prohíben, sin dicha li-

cencia, comparecer en juicio, ser albacea, aceptar el mandato, etc., y que no interesan al objeto de estas cuartillas.

Pero es más: si no fueran tan terminantes los artículos citados para demostrar la falta de capacidad de obrar de la mujer casada para otorgar contratos con trascendencia real y, por tanto, inscribibles, sin licencia marital, aun podríamos invocar, en apoyo de esta tesis, los artículos 1.261 y 1.263 de dicho Código, al decir el primero: "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º, consentimiento de los contratantes", y añadir el segundo: "No pueden prestar consentimiento: 3.º, las mujeres casadas, en los casos expresados por la Ley."

No hay que decir que todo lo expuesto hasta ahora deja a salvo los casos de ausencia, incapacidad, prodigalidad e interdicción civil del marido, que tienen regulación especial y que no interesan a nuestro objeto.

La Dirección General de los Registros, apoyándose en esta doctrina clara y terminante del Código civil, que sustancialmente era la del Derecho anterior al Código (leyes 55 y 56 de Toro; leyes 11 y 12 del título I, libro X de la Novísima Recopilación; arts. 49 y 50 de la ley de Matrimonio civil de 1870), tenía declarado repetidamente que la falta de licencia marital constituía un defecto que impedía la inscripción (Resoluciones de 28 de octubre de 1863, 4 de junio de 1879, 13 de junio de 1879 y 23 de marzo de 1892); pero en su Resolución de 22 de agosto de 1894 cambia de criterio, y fundándose en que, según el artículo 65 del Código civil, "solamente el marido o sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente", y que el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 27 de junio de 1866 y 30 de enero de 1872, había declarado que no pidiendo el marido la nulidad, el contrato celebrado sin su licencia surte todos sus efectos legales, la Dirección estima que el acto en cuestión no es necesariamente nulo, sino anulable o rescindible, y declara inscribible la escritura del recurso (la mujer compraba una finca sin licencia marital).

Es de notar que la doctrina de la distinción entre actos nulos y anulables, aplicada a los otorgados por una mujer casada sin licencia marital, había sido ya sostenida, aunque no empleando precisamente esos términos, en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1866 y 30 de enero de 1872, antes citadas; y no obstante, la Dirección, haciendo caso omiso de dicha doctrina, por estimar, sin duda, pa-

ligrosa la entrada en el Registro de los contratos con vicio de nulidad, siguió declarando no inscribibles los otorgados por mujer casada sin licencia marital, y así, con posterioridad a aquellas sentencias, dictó sus Resoluciones de 4 y 13 de junio de 1879 y 23 de marzo de 1892, antes mencionadas.

La Dirección General, repetimos, en su Resolución de 22 de agosto de 1894, se decidió a dar entrada en el Registro a aquellos contratos anulables, si bien ordenando que en el asiento se hiciera constar la falta de licencia marital, a fin de advertir a los terceros que hay pendiente una acción de nulidad que pueden entablar tan sólo el marido o sus herederos.

No es aventurado suponer, por lo que después diremos, que lo hiciera sin gran entusiasmo, quizá hasta con alguna repugnancia, pensando que la inscripción de estos títulos con vicio conocido de nulidad, ni estaba muy de acuerdo con uno de los principios fundamentales de nuestra legislación hipotecaria: *el de legalidad*, ni la doctrina de la inscripción, a sabiendas, de actos anulables, había de favorecer lo más mínimo aquellos propósitos de "garantizar suficientemente la propiedad", "asentar sobre sólidas bases el crédito territorial", "dar actividad a la circulación de la riqueza", "dar certidumbre al dominio", "que el que adquiera lo haga sin temor a perder lo adquirido"..., propósitos tan caros a los insignes autores de nuestra legislación hipotecaria, y que dejaron consignados en su inolvidable exposición de motivos.

En efecto, una inscripción en cuyo frontis hay que escribir: ¡Alerta! ¡Peligro! Esta inscripción es anulable, o inmoviliza la finca o derecho a que afecta, o puede acarrear dolorosas consecuencias a quien, osado, se atreva a adentrarse en sus peligros.

Uno y otro resultado no son, ciertamente, los que se proponían los fundadores de nuestro sistema hipotecario.

Decimos que no debió ser muy hondo el convencimiento del Centro Directivo, ni grande su entusiasmo por la inscripción de los actos o contratos anulables al dictar aquella Resolución, por cuanto en dos ocasiones en que se le ofreció la coyuntura de ratificarse en su doctrina, se apartó de ella, declarando que no estaban redactadas con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, y que no eran, por tanto, inscribibles, dos escrituras, una de compra y otra de venta, otorgadas por mujeres casadas sin licencia marital, motivo de las Resoluciones de 29 de marzo de 1901 y 21 de abril de 1908, aunque fundándose, para ha-

cer esta declaración, contraria a la de 22 de agosto de 1894, en el hecho de haber interpuesto el recurso los Notarios autorizantes y no las partes interesadas, y "considerando que, si bien el artículo 65 del Código civil dispone que solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente, y el artículo 1.301, que dicha acción sólo durará cuatro años, y que este tiempo empezará a contarse desde el día de la disolución del matrimonio, esto no obsta para que resulte siempre cierto que la escritura de que se trata ha sido otorgada con infracción del artículo 61 del mismo Cuerpo legal, que prescribe que la mujer casada no podrá enajenar sus bienes sin licencia o poder de su marido, y para que, en su consecuencia, no pueda declararse, como pretende el Notario recurrente, que se halla redactada con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, puesto que dicha infracción es patente y manifiesta".

El considerando transcritto, tomado de la última de las Resoluciones citadas, es expresivo; pero donde más claramente se reveló la falta de entusiasmo de la Dirección por la inscripción de los actos anulables que nos ocupan fué en el Reglamento Notarial de 7 de noviembre de 1921, que hay que suponer emanado de dicho Centro, aunque lleve la firma del Ministro, en cuyo artículo 243 se dispuso: "Los Notarios se abstendrán de autorizar contratos de mujeres casadas cuando no comparezcan asistidas de sus maridos o no acrediten con documento fehaciente que obtuvieron anteriormente la licencia de aquéllos, en los casos en que la licencia fuese necesaria."

Este precepto tiene en la exposición de motivos de dicho Reglamento el siguiente sabroso y elocuente comentario, a guisa de fundamento: "Se ordena a los Notarios que se abstengan de autorizar contratos de mujeres casadas, cuando éstas, en los casos en que proceda, no acrediten la venia marital o, en su defecto, la habilitación del Juez competente, condición que a primera vista parece innecesaria, pero que impide una corruptela en que han incurrido algunos Notarios, y que acaso, si no se previera con un precepto terminante, *tomaría carta de naturaleza por lo que facilita la contratación*. Fúndanse los Notarios que así proceden en que los actos y contratos de mujeres casadas, cuando obran sin la debida licencia, no son nulos, sino anulables e inscribibles, en su día, según repetidamente ha declarado la Dirección General de los Registros; pero esta sutilísima teoría jurídica sobre actos y contratos nulos y anulables, no está al alcance de todos los otorgantes, y por no estarlo en-

cierra en su aplicación posibles disgustos y riesgos, que el Notario debe evitar cuidadosamente, por lo que pudiera suponer de duda acerca de su competencia profesional."

Así estábamos, sumidos en esta contradictria y vacilante jurisprudencia, no sólo de la Dirección, sino también del Supremo, que, en sus sentencias de 5 de octubre de 1901, 4 de abril de 1911, 13 y 23 de mayo de 1916, entre otras, declara nulos y no exigibles en derecho contratos celebrados y obligaciones contraídas por mujer casada sin licencia marital, y en la de 24 de mayo de 1928 vuelve a declarar que los contratos celebrados por mujer casada sin intervención del marido, no son nulos *ipso jure*, sino anulables por el ejercicio de la acción, que sólo compete a las personas señaladas en el artículo 65 del Código civil; así estábamos, repito, sumidos en esta contradictria jurisprudencia, cuando advino la Constitución republicana de 1931, declarando en su artículo 43 que el matrimonio se funda *en la igualdad de derechos para ambos sexos*.

Bajo el signo de esta doctrina constitucional, la Dirección de los Registros dictó su Resolución de 15 de diciembre de 1933, declarando inscribible una escritura de compra por mujer casada sin licencia marital, apoyada en este considerando: "Considerando que, como insinúa la orden de este Ministerio de 4 de octubre último, en el período legislativo en que nos encontramos, la aplicación de las leyes civiles debe hacerse con un criterio favorable al desarrollo de los nuevos principios constitucionales, y si bien parece necesario para ello que haya una base legal, ya que prestigiosos comentaristas de la Constitución no estiman que los principios que ésta establece constituyan reglas ejecutivas por sí solas, creyendo sea menester un desarrollo complementario que pueda darlas verdadera efectividad, es lo cierto que para la inscripción que se pretende, el asentimiento tácito del marido, con el cual, alega la recurrente, viene rigiendo su vida y la de su familia, no puede, desde luego, sustituir la autorización o licencia indispensable a la mujer para adquirir y obligarse según los principios de nuestra legislación civil; pero lo mismo la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la de este Centro Directivo tienen repetidísimamente declarado en relación con los artículos del Código civil citados, que la falta de licencia del marido en los actos y contratos llevados a cabo por la mujer casada, no supone en modo alguno la nulidad, sino su posible anulación, ya que solamente aquél o sus herederos, nunca los extraños, podrán reclamarla en los

plazos y condiciones establecidos por la Ley; y que, en consecuencia, no pudiendo calificarse el defecto ni de insubsanable ni de subsanable, no autoriza al Registrador a suspender ni a denegar, sino que debe inscribir, si bien cuidando de que en el asiento aparezca claramente la falta de licencia marital, a fin de prevenir a terceros de que hay pendiente una acción de nulidad."

Es de advertir que, tanto en el contrato que motivó esta Resolución, como en el que provocó la de 22 de agosto de 1894, la mujer intervenía como compradora, lo que, como luego veremos, tiene gran importancia, toda vez que las consecuencias del contrato otorgado por mujer casada sin licencia marital son muy distintas si la mujer compra que si la mujer vende, o grava o repudia una herencia. Quede bien sentado que la Dirección General de los Registros, las dos únicas veces que ha declarado inscribible un contrato de esta clase ha sido tratándose de mujer compradora.

También se notó la influencia del texto constitucional en el nuevo Reglamento Notarial de 8 de agosto de 1935 (vigente), en el que desapareció el artículo 243 del anterior y fué sustituido por otro que, bajo el número 169, dice así: "Las mujeres casadas podrán intervenir por sí solas en todos los actos o contratos que con arreglo al Derecho civil, común o foral, puedan realizar sin la licencia o autorización marital, ya sean dichos actos de administración o dominio. Tampoco precisarán la autorización del marido cuando se trate de poderes otorgados a su favor o para entablar acciones contra el mismo. En los demás casos, el Notario, como problema de capacidad, resolverá si es o no indispensable la licencia marital, teniendo especial cuidado de expresar, con arreglo a su criterio, la finalidad y el alcance de la falta de aquélla en orden a la validez del documento. En todo caso, cuando se precisare la licencia marital podrá otorgarse el documento, siempre que con ello estuvieren conformes los interesados, *subordinándolo a la condición suspensiva, en cuanto a su perfeccionamiento, de la ratificación o consentimiento por el marido, sin perjuicio de la validez o eficacia del mismo si el marido o sus herederos no lo impugnarán.*"

También la exposición de motivos de este Reglamento dedicó las siguientes líneas a justificar éste y otros preceptos: "La incertidumbre en ciertos derechos familiares con ocasión de leyes dictadas en los últimos cuatro años, aconsejan obrar con prudencia en la obra legislativa.

basta que vuelvan las cosas a su cauce natural y se definan claramente los derechos por leyes complementarias, si a ello hubiere lugar."

Es de notar que aunque en el artículo 169, transrito, del vigente Reglamento Notarial, no se prohíbe a los Notarios, como lo hacía el artículo 243 del Reglamento anterior, autorizar contratos otorgados por mujeres casadas sin licencia marital, tampoco se les autoriza sin restricciones, ya que se les obliga a subordinar el contrato a la condición suspensiva, en cuanto a su perfeccionamiento, de la ratificación o consentimiento por el marido, y, haciéndolo así, los peligros de la inscripción del contrato otorgado sin licencia desaparecen, toda vez que el derecho del adquirente no nace, no se perfecciona, hasta que la condición suspensiva se cumpla, esto es, hasta la ratificación o consentimiento por el marido.

Esto, que es mucho menos de lo que concedía la Resolución de 15 de diciembre de 1933, es una nueva prueba de las vacilaciones de la Dirección y de su poco entusiasmo por la inscripción de los actos anulables.

En la Resolución de 15 de diciembre de 1933 y en una amplia interpretación del artículo 169 del Reglamento Notarial, se apoyan algunos Notarios para autorizar contratos sin licencia marital y sin hacer constar en ellos de una manera expresa y clara que quedan sometidos en sus efectos a dicha condición suspensiva, y si esto no se ataja, se corre el peligro de que tome carta de naturaleza por lo que facilita la contratación, como decía la exposición de motivos del Reglamento Notarial de 1921, máxime, añadimos nosotros, si los Registradores, amparados por aquella Resolución, los inscriben.

Veamos ahora los peligros e inconvenientes de la doctrina de dicha Resolución, desde el punto de vista hipotecario, y decimos desde el punto de vista hipotecario porque, desde el punto de vista civil, nos parece acertadísima la distinción entre actos y contratos nulos y anulables, y perfectamente correcta la doctrina del Tribunal Supremo al declarar que el acto o contrato otorgado por mujer casada sin licencia marital no es nulo *per se*, sino anulable por el ejercicio de la acción, que sólo compete al marido o sus herederos en el plazo fijado por la Ley. Esta doctrina permite, además, la ratificación del contrato por el marido, lo que no sería posible si el acto fuera nulo *per se*; pero ya no nos parece tan acertada y conveniente, dicho sea con todos los respetos que el Centro Directivo merece, la doctrina de la inscripción de dichos actos anulables.

sin más que una simple *advertencia* a los terceros. Fundamentar y razonar esta opinión constituye la única finalidad de este artículo.

Hasta ahora en el Registro de la Propiedad, según fuera el acto o contrato que motivaba la inscripción, ésta se practicaba: sin condiciones especiales, o pendiente de una condición suspensiva, o sujeta a una condición resolutoria, o con prohibición temporal de enajenar, o sin perjuicio de tercero de mejor derecho, etc. Desde la Resolución que nos ocupa hay, además, inscripciones con aviso, con advertencia, con señal de peligro al navegante en el peligroso mar hipotecario, tanto más peligroso cuanto mayor sea el número de esta clase de inscripciones y a más casos se extienda la doctrina de la inscripción de actos y contratos anulables. Admitidas estas inscripciones con advertencia, habremos de ponernos de acuerdo los Registradores acerca de la forma de las mismas y del arrastre de dicha advertencia en las inscripciones siguientes a aquella que la produjo.

Examinemos ahora algunos casos típicos de los que pueden darse:

A) *La mujer otorgante sin licencia marital adquiere a título oneroso.*—En este caso apenas hay problema. La mujer adquiere para la sociedad conyugal. Esto será lo corriente, toda vez que es muy difícil que la mujer justifique la procedencia parafernada del dinero con que adquiere, sin la asistencia y conformidad del marido, pues aun en el supuesto de presentar título fehaciente de adquisición de dicho dinero, siempre cabrá la duda de que haya podido gastarlo con anterioridad a la adquisición que se inscribe, y esta sospecha sólo puede desvanecerla la conformidad del marido, y aun es posible que ni dicha conformidad decida a más de un Registrador a inscribir con carácter parafernado.

Adquiriendo la mujer la finca o derecho para la sociedad conyugal, hasta la *advertencia* de que nos ocupamos huelga, puesto que esa inscripción quedará inmovilizada para la mujer. Si el marido, único que puede hacerlo apoyándose en dicha inscripción, transmite algún día, tácitamente ratifica el contrato celebrado sin su licencia, y si fallecido el marido o la mujer, los herederos de aquél, concurriendo a la liquidación de la sociedad conyugal y partición de herencia, adjudican, a quien corresponda, la finca o el derecho objeto de la inscripción, igualmente quedará ésta purificada de todo vicio de nulidad, porque también entonces hay ratificación tácita y, además, nadie puede ir contra sus propios actos.

Por esto dijimos antes que cuando la mujer compra apenas hay pro-

blema, por lo que tuvimos mucho interés en resaltar que se trataba de mujeres compradoras en los dos recursos en los que la Dirección había acordado la inscripción, a pesar de la falta de licencia marital.

Es más, se podría enfocar el problema, en este caso, en el sentido de que la mujer que compra para la sociedad conyugal, sin licencia o poder de su marido, actúa como mandatario sin poder o con deficiente poder, pendiente de la ratificación del representante de aquella sociedad.

B) *La mujer otorgante sin licencia marital transmite una finca o derecho paraernal o dotal inestimado.*—En este caso habrá de consignarse la advertencia, no sólo en la inscripción del contrato anulable, sino en todas las inscripciones sucesivas que se produzcan, a fin de que siempre acompañe a toda inscripción que de aquélla traiga origen el estigma de nulidad que marcó el nacimiento de la primera en tanto no prescriba la acción para reclamarla y se haga constar en el Registro, prescripción que, dicho sea de paso, no podrá ser declarada por el Registrador.

De no arrastrar dicha advertencia en las inscripciones sucesivas, puede darse el caso de que alguien, fiando en la última inscripción, limpia de advertencia, adquiera la finca o el derecho real a que la misma se contraiga y se vea dolorosamente sorprendido por el ejercicio de una acción de nulidad que, en virtud de los artículos 34 y 37 de la ley Hipotecaria, le prive de su derecho. Esto no prestigiaría mucho al Registro, y de generalizarse produciría el efecto de que nadie se atreviese a contratar al amparo del mismo sin antes haber hecho o mandado hacer a persona perita un detenido estudio de todas las inscripciones anteriores a la vidente, ante el temor de que alguna de ellas contuviera la famosa advertencia de nulidad.

C) *La mujer hipoteca sin licencia una finca paraernal o dotal inestimada.*—En este caso la inscripción se extiende a favor del acreedor con la consabida advertencia. La mujer no paga y el acreedor ejecuta, adjudicándosele la finca en pago de su crédito o adjudicándose al rematante en la subasta. También en la inscripción que se practique habrá de consignarse la advertencia de nulidad, por cuanto si el marido o sus herederos entablan la acción en tal sentido, el contrato de constitución de hipoteca y la subsiguiente adjudicación correrán la misma suerte.

No es de esperar que acudan muchos postores a tan peligrosas subastas, como no sea con ánimo de comprar a precios viles.

D) Otro caso, y último, para no alargar más este artículo: *La mujer repudia una herencia sin licencia.*—Los restantes herederos a quie-

nes acrece la porción repudiada dividen entre sí el caudal relicto. Todas las inscripciones que se practiquen deberán contener la advertencia de su posible nulidad, toda vez que si el marido o sus herederos reclaman la nulidad de aquella repudiación, toda la partición que se apoyaba en este supuesto se derrumba, sepultando entre sus escombros todas las adjudicaciones e inscripciones practicadas.

Siendo esto así, una partición hecha a base de la repudiación otorgada sin licencia por una mujer casada, pondrá de hecho fuera del comercio todos los bienes de la herencia, y si acaso se transmiten y sobreviene la nulidad, afectará a todos los adquirentes.

En este último caso resaltan más vivamente los males de la doctrina que estamos examinando.

¿Soluciones? Lo mejor, volver a la doctrina tradicional, declarando que los actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia marital adolecen del defecto de falta de capacidad de la otorgante, defecto que si no puede considerarse insubsanable, puesto que, en este caso, no produce necesariamente la nulidad de la obligación, sí constituye defecto subsanable, por afectar a la validez del título, otorgado con infracción manifiesta del artículo 61 del Código civil, defecto que, si de momento impide la inscripción, puede subsanarse y purificarse por la ratificación del marido, o acreditando la mujer *a posteriori* que tenía la oportuna licencia, o por la prescripción de la acción para pedir la nulidad, todo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 de la ley Hipotecaria.

El momento es propicio para volver a la doctrina tradicional, ya que si la doctrina constitucional de la igualdad de derechos de ambos sexos influyó en la Resolución de 15 de diciembre de 1933, el actual régimen político de España propugna, en cambio, el restablecimiento de la familia cristiana y de pura esencia española, fundada en la soberanía familiar del marido.

Si no se hace así, si se persiste en la declaración de que dichos contratos son inscribibles, ha de darse a dicha inscripción una regulación distinta a la que se le ha dado. No basta la advertencia. Convendrá ordenar, por quien pueda hacerlo, que dichos contratos se otorguen y se inscriban sujetos a una condición suspensiva o resolutoria. Si suspensiva, el derecho del adquirente no nacerá hasta que se acredite la licencia del marido o sea ratificado el contrato por el mismo o por sus herederos, o se declare prescrita la acción de nulidad. Si resolutoria, el derecho del adquirente nacerá desde luego, pero se extinguirá y resolverá si el

marido o sus herederos reclaman, y obtienen, la nulidad del contrato dentro del plazo legal, condición que se consideraría incumplida y, por tanto, purificado el contrato si el marido o sus herederos lo ratifican o prescribe la acción de nulidad.

Estimamos más conveniente, para resolver el problema que nos ocupa, la condición resolutoria que la suspensiva, por cuanto ésta, por convertir el derecho a que afecta en una expectativa, en una esperanza de derecho, lo inmoviliza en el Registro hasta que la condición se cumple o incumple, mientras que la condición resolutoria permite la transmisión o gravamen de la finca o derecho afectados, quedando a salvo el derecho de los interesados en la condición resolutoria.

Hágase en una forma u otra, las inscripciones así practicadas, tendrán en el Registro el juego normal de los derechos sujetos a condición, y los inconvenientes hipotecarios de aquella simple advertencia desaparecerán, aunque la autoridad marital no salga muy bien librada.

Creemos que algo hay que hacer. Para ello sería muy conveniente que la Dirección conociera de algún nuevo caso que le permitiera revisar su doctrina para ratificarla, o rectificarla o regularla. Por nuestra parte, creyendo prestar con ello un servicio, pensamos darle ocasión de hacerlo suspendiendo la inscripción del primer contrato que se nos presente otorgado por mujer casada sin licencia marital, sobre todo si enajena o grava bienes parafernales o repudia una herencia.

J. MARTÍNEZ SANTONJA.

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1940.—Competencia.

Para la solución de esta competencia no se aplica la Ley de 21 de mayo de 1936, por haberse planteado la inhibitoria antes de la entrada en vigor de dicha Ley. Por lo tanto, es aplicable la Ley de Enjuiciamiento civil. Tratándose de una acción personal en reclamación del pago de unos servicios de comisión, prestados por el actor, vecino y residente en Valencia, es evidente, que dicho pago ha debido hacerse en su domicilio, según la constante y uniforme jurisprudencia de esta Sala, sin que a ello obste, según la sentencia de 28 de abril de 1914, que los efectos de la comisión se hayan producido en otros pueblos de la provincia; y por ello, con arreglo a la regla 1.<sup>a</sup> del art. 62, la competencia reside en el Juzgado municipal n.<sup>o</sup> 5 de Valencia, ante el cual fué presentada la demanda.

## SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1940.—Competencia.

Se trata de una acción, dirigida a obtener el pago de la cantidad que la demandante afirma que les es adeudada en concepto de precio de géneros, por la misma vendidos. En consecuencia, la acción es de naturaleza personal. Tampoco existe sumisión del demandado al fuero del demandante, puesto que no constituye principio de prueba la nota marginal impresa en la copia de factura, sin firma, presentada por el demandante. Por lo tanto, es competente el Juez municipal del domicilio del demandado, en virtud de la Ley de 21 de mayo de 1936.

## SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1940.—*La cuarta de la viuda pobre.*

De esta sentencia merecen destacarse los siguientes considerandos: Que como los preceptos de las leyes adjetivas no pueden servir de fun-

damento para el recurso de casación por infracción de Ley, la del artículo 524 Ley de Enjuiciamiento civil es inoperante. Que el fallo recurrido al condenar a los demandados a que para el pago de la cuarta marital practiquen las oportunas operaciones evaluadoras y particionales y otorguen las correspondientes escrituras, no infringe el art. 1.057 Código civil, porque esta condena no excluye la intervención en las operaciones dichas del contador testamentario, y, además, en todo caso, porque la autoridad de esta clase de contadores no es tanta que pueda impedir que recurran a los Tribunales los lesionados en sus derechos legitimarios, en aquellos derechos que se sobreponen a la voluntad del testador, como es el de la viuda pobre e indotada, de la cuarta marital que tiene carácter de deuda legal del patrimonio del marido, ni que los mismos Tribunales decretaren por virtud de estas reclamaciones que se rectifique la partición hereditaria para la efectividad de tales derechos. Tampoco incide el fallo recurrido en la infracción del art. 12 Código civil y de las Novelas 53 y 117 del Emperador Justiniano, por aplicación indebida del art. 350 del último proyecto de Apéndice del Código civil correspondiente al Derecho catalán, porque lo cierto es, que, después de proclamar el Tribunal *a quo* que este Apéndice carece de autoridad legislativa, lo invoca como criterio doctrinal utilizable para la interpretación de las expresadas Novelas, que es lo que aplica como Derecho vigente.

#### SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1940.—*Interpretación de testamentos.*

Don Angel Revello Cuesta otorgó dos testamentos, uno en favor de su hermana y otro posterior, en marzo de 1929, legando cantidades importantes a sus hermanos. Momentos antes de fallecer escribió el siguiente documento: "Como correcto y en vista de la gravedad de mi estado se le entregue un imprevisto de 5.000 pesetas que siempre tuve intención de dárselo esto. Se ruega deshagan el apunte presiones sufridas. Todo deshecho es tuyo. Se ruega que se eche en un olvido por todos el de marzo. A. Revello Cuesta. Rubricado." La hermana se apoya sobre este documento, interpretándole como testamento ológrafo que revoca el segundo testamento de su hermano. La sentencia recurrida le da la razón. El Tribunal Supremo declara que ha lugar al recurso. A pesar de la doctrina invariablemente aceptada sobre el poder soberano, que en orden a la interpretación de los negocios jurídicos corresponde a los Jueces de

instancia, no puede sustraerse el presente caso al conocimiento de este Tribunal. Porque si bien los hechos que suministran la base para la interpretación son de competencia del Juzgador de instancia, y entre esos hechos está la voluntad interna, hay que separar la fijación de esta voluntad por el Tribunal *a quo* y la cuestión, muy distinta, de si esa voluntad ha de tomarse en cuenta, por razón de haber sido manifestada en la declaración de un modo cognoscible y suficiente, ya que cuando la voluntad es incognoscible de una manera cierta, por ejemplo si las expresiones empleadas son ininteligibles, el caso se confunde con el de ausencia de voluntad, y no es lícito al sentenciador, bajo pretexto de función interpretadora o integrativa, forjar la intención de las partes y construir el acto jurídico con elementos ajenos a la declaración. En lo referente a los testamentos hay que aceptar, de todos modos, como arregladas a nuestro Derecho, estas conclusiones: 1.<sup>a)</sup> Que al ser esencialmente el testamento un acto dispositivo de bienes o derechos, no es un verdadero testamento el acto, que, aun presentando la forma externa de tal, pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo, o en que el otorgante se limita a aconsejar o rogar respecto al destino de su patrimonio; sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen. 2.<sup>a)</sup> Que siendo el testamento acto por el que alguno dispone para después de su muerte, no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante. 3.<sup>a)</sup> Que si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos en que el testador se expresa, siempre es necesario la esencia de la disposición *mortis causa* en sus palabras. Ahora bien; en el documento discutido en autos no se advierte un lenguaje inteligible. La voluntad de disponer de todo o parte de los bienes para después de la muerte no aparece expresada en el documento de referencia, ya que éste no contiene disposición ninguna a favor de persona cierta o que pueda ser determinada conforme al precepto del art. 750 Código civil. Tampoco está suficientemente expresada en el documento la intención del causante de revocar el anterior testamento ológrafo del mes de marzo, pues ni en los términos de ruego, y no de ordenación o mandato, ni la significación equívoca de esa palabra "apunte" evidencian con certeza el propósito del autor de revocar y dejar sin efecto una anterior disposición testamentaria.

SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1940.—*Donación en Navarra.*

El fundamento de las pretensiones del actor es el convenio de 6 de febrero de 1927. El Tribunal *a quo* cree que dicho documento significa una constitución de dote en cumplimiento de las obligaciones que se dicen impuestas al padre en la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada al casarse él. Pero no existe base para estimar que el documento de 1927 tenga su causa en los capítulos matrimoniales, pues es de tener en cuenta, de una parte, que la escritura de capitulaciones se refiere en primer término a la institución de heredero, institución que se omite en el documento de 1927; de otra, que en este último documento se adjudica o reservan bienes al padre, particular no previsto ni mencionado en la escritura de capitulaciones, y por último, que al designar las porciones atribuidas a la hija no se emplea ni una sola vez en el documento de 1927 el vocablo "dote". Por lo tanto, trátase de un acto de liberalidad; y es manifiesto que faltan los requisitos de su validez, pues excediendo el valor de lo donado de la suma de 300 ducados, deberían haber mediado el otorgamiento de escritura pública y la insinuación o el juramento. En consecuencia resulta evidente la nulidad de la donación, a virtud de lo ordenado en las leyes 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, título 7.<sup>º</sup>, libro 3.<sup>º</sup> de la Novísima Recopilación de Navarra, y la ineficacia del documento de 1927. Tampoco puede mantenerse la validez de dicho acto considerándole como partición practicada por actos *inter vivos*, al amparo del artículo 1.056 Código civil. Porque aun en el supuesto de poder ser calificado el convenio de 1927 como acto de división de la herencia realizado por el padre entre sus hijos—de conformidad con lo dispuesto en el citado precepto y con lo establecido en el capítulo VII de la Novela XVIII de Justiniano—, dicho acto tendría siempre el esencial carácter de revocable; y habiendo otorgado el padre en fecha posterior, cual es la de 1934, un testamento, cuya validez no ha sido impugnada y en el que modifica la distribución de sus bienes contenida en aquel convenio, resultaría indudable la revocación de la partición anterior.

SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1940.—*Mandato, arrendamiento de servicios, enriquecimiento sin causa.*

El demandante realizó de modo constante actos de gestión en beneficio del demandado, interviniendo en todos sus asuntos de Carmona,

sobre todo en la construcción de un teatro, tramitados en las oficinas públicas y en otros de carácter más privado, gestiones que a veces fueron debidas a órdenes verbales del mismo demandado que siempre otorgó su aprobación o aquiescencia tácita a lo hecho por el demandante, que había procedido en tal actuación sin convenir previamente la forma como debía remunerarse y con la mira interesada de quedar después de la terminación del teatro al frente de su explotación, designio que vió cumplido. Es incuestionable que el art. 1.711 Código civil, invocado en la sentencia, no autoriza la remuneración decretada, porque este precepto establece la gratuitad del mandato, y si bien agrega que se presume la obligación de retribuirlo cuando el mandatario tenga por ocupación servicios de la misma especie a que se refiere el mandato, en el caso actual no se afirma que se trata de servicios profesionales del demandante ni se fija la remuneración conforme a tarifa o norma establecida por la Ley o por la costumbre. Resulta igualmente inaplicable el artículo 1.545 del mismo Código, por ser requisito del contrato de arrendamiento de servicios que exista precio cierto, y el recurrido no reclama la remuneración de sus servicios ni el fallo la decreta porque un concierto previo de precio, la costumbre o el uso local autoricen a exigirla. Tampoco es eficaz el principio de Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto, porque el empleo oportuno de tal principio requiere entre otros requisitos falta de voluntad de aquel a cuya costa se efectúa el enriquecimiento, y en este caso el fallo afirma, según queda dicho, que el demandante actuó conscientemente, con el propósito que vió convertido en realidad, de obtener a la terminación de esos servicios, que se discuten, un empleo o cargo remunerado.

#### SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1940.—*Acción Pauliana.*

La doctrina científica y la jurisprudencia, recogiendo una tradición muy antigua y supliendo el laconismo con que nuestro Código civil regula la llamada acción revocatoria o Pauliana, vienen señalando como supuestos y requisitos necesarios para que pueda ésta ser ejercitada, los siguientes: *a*), que existe un crédito a favor del actor; *b*), que el deudor haya celebrado un acto o contrato posterior que benefició a un tercero, proporcionándole una ventaja material; *c*), que el acreedor resulte perjudicado por la disposición a favor del tercero, y a la vez se beneficie con la declaración de ineficacia sin tener otro recurso legal para obtener

la reparación de dicho perjuicio; *d*), que el acto que se impugna sea fraudulento; *e*), que el tercer adquirente, caso de ser la enajenación onerosa, haya sido cómplice en el fraude.

SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1940.—*Transacción.*

En la escritura de 20 de marzo de 1931, los herederos de doña M. A. M. reconocieron adeudar a los Sres. Quintana, sin expresar la razón de deber, la suma de 200.000 y de 125.000 pesetas respectivamente, aceptando en cambio los hoy recurrentes, que no tenían ningún otro crédito ni derecho que reclamar de los herederos de la causante, ni como tales herederos por ningún otro concepto. Declararon también transigida los Sres. Quintana toda cuestión referente al crédito reconocido y cualquiera otra reclamación que pudiera suscitarse contra la herencia de la expresada señora. Fallecida la causante en 7 de enero de 1931 bajo testamento ológrafo, fecha 12 de diciembre próximo anterior, no se protocolizó hasta el 11 de marzo de 1934, por el hecho, que la madre de los recurrentes asevera, de que habiéndoselo entregado la causante de la sucesión en sobre cerrado, después resultó contenía la expresión de su última voluntad con expresa prohibición de abrir el pliego hasta que transcurriesen tres años a partir de su fallecimiento, y ni pudo conocer el contenido del sobre que a su custodia se confió ni iniciar las diligencias necesarias para que tuviese plena eficacia el testamento. En él doña M. A. M. instituye sendos legados de 400.000 y 250.000 pesetas a favor de los Sres. Quintana, cuyo importe íntegro se reclama en la litis, manteniendo los demandados la tesis, que sustancialmente es la de la sentencia recurrida, de que siendo idéntica la naturaleza de unas y otras obligaciones y los términos del documento en que la transacción cristalizó, no autorizan a reclamar el pago de los legados, que es en definitiva el objeto del pleito. 1.º) El recurso afirma que la sentencia recurrida ha incurrido en infracción del art. 1.218 Código civil, al aceptar que la transacción emanaba de una disposición *mortis causa*, apoyándose sobre las manifestaciones explícitas que al deponer como testigo hizo el Notario autorizante de la escritura transaccional; puesto que no se puede considerar infringido dicho precepto si con una prueba concomitante y lícitamente admitida se concreta un hecho, que en el documento no se hace constar, y que por otra parte contribuye a fijar el alcance de un término nada preciso. 2.º) Tampoco incurre la sentencia en las infraccio-

nes de los artículos 1.815 Código civil y 1.214 del expresado Código. Puesto que aun en la hipótesis de que al hacer la renuncia, contenida en la transacción, no hubieren conocido la existencia que por una necesaria inducción de las palabras empleadas en la transacción pudo acertadamente estimarse que estaban comprendidos en ella, el remedio legal para una situación semejante no hubiera podido ser otro que el autorizado por el art. 1.817 Código civil, supuesto en el cual los términos de la demanda inicial del procedimiento hubiesen sido distintos de aquellos otros con que el litigio se planteó. Y en lo que se relaciona con la violación que también se señala del art. 1.214 Código civil, que infringe según se dice la sentencia de instancia porque echa sobre los actores y recurrentes la carga de una prueba negativa cual es la de justificar que al otorgarse la escritura de transacción no tenían conocimiento del testamento ológrafo en que se les designó legatarios, se olvida la circunstancia esencial de que precisamente por ser la ignorancia del testamento en cierto modo base de la acción que se ejercita toca a los litigantes, que en ese desconocimiento fundan su petición, hacer una prueba afirmativa: la de que la testadora prohibió la apertura del sobre que contenía el testamento y que no consta que ella cerrase, de cuya prueba podría después hacerse uso para inducir lógicamente, que el documento de tan considerable valor para el éxito de la demanda no era conocido al hacer la transacción.

SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1940.—*Indemnización por embargo ilícito de una farmacia (recurso de casación).*

La actora es hija de un farmacéutico; y disfruta, en consecuencia, del derecho a seguir con la farmacia abierta, siempre que esté regentada por un farmacéutico, y mientras que no contraiga matrimonio (Ordenanzas de farmacia de 1860 y disposiciones posteriores). Sin embargo, trábó el demandado dos embargos en los enseres de la farmacia, que sigue funcionando a cargo de depositarios judiciales designados por él. Si el embargo se refiere a la farmacia misma o si sólo atañe a sus enseres, no resulta con la claridad necesaria de los autos. La actora entabló demanda de tercería de dominio, consiguiendo el 23 de marzo de 1933 un fallo a su favor, sin que esté acreditada la existencia de sentencia firme sobre dicha tercería. En la demanda actual, cuyo último efecto es el recurso resuelto por el Tribunal Supremo, pide la actora indemniza-

ción de los daños y perjuicios que resultan de los embargos del demandado, y que provocaron la desaparición del establecimiento. La sentencia recurrida desestimó la demanda; el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley. La sentencia recurrida opina que no ha sido embargada la propiedad de la farmacia, sino sólo sus enseres. Esta afirmación no queda destruída; puesto que milita en su favor el texto de la sentencia que sirvió de base para los embargos y que decretó "el embargo de todos y cada uno de los útiles, efectos y enseres que constituían e integraban aquel establecimiento"; y porque el derecho de las hijas de farmacéuticos siendo temporal, condicionado e inalienable, no constituye en vigor un derecho de propiedad. La sentencia recurrida echó también de menos la prueba de la desaparición del establecimiento; y el recurso tampoco tiene buen éxito en este enunciado. Puesto que aunque se admite que la manifestación del demandado en el hecho 4.<sup>º</sup> de su escrito de contestación y otros datos de los autos ofrecen algún fundamento para estimar probada la desaparición de la farmacia por acción u omisión de dicho demandado o acaso de los depositarios por él designados; sin embargo, como en este caso se trataría de error de derecho en la apreciación de la prueba que la Sala estima insuficiente, habría que combatirlo como tal, invocando como infringido algún precepto relativo al valor de dicha prueba, lo que no se hace en el recurso. Finalmente, que si existiera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios resultantes de los dos embargos, esto se traduciría en la obligación de los depositarios de rendir cuentas con las responsabilidades correspondientes y en el resarcimiento de los daños cuya realidad se acredite; y no habiéndose aportado a los autos datos que permitan apreciar si la farmacia ha dejado de rendir beneficios que en otro caso hubiera podido percibir la actora, no ha lugar a hacer pronunciamiento sobre este extremo.

LA REDACCIÓN.

## Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros

ASIENTOS DEL REGISTRO.—SI BIEN EN NUESTRO SISTEMA NO TIENEN LA FUERZA DE COSA JUZGADA, ESTABLECEN, DESDE LUEGO, LA PRESUNCIÓN "JURIS TANTUM" DE QUE QUIEN APARECE COMO TITULAR EN EL REGISTRO LO ES TAMBIÉN CIVILMENTE.—EXTINGUIDAS Y CANCELADAS DIFERENTES INSCRIPCIONES Y ANOTACIONES, LAS OPERACIONES CANCELATORIAS QUE DE LAS MISMAS EN NUEVO MANDAMIENTO SE ORDENA, RESULTARÍAN, ADEMÁS DE ÚTILES, CONTRARIAS A LA LEGALIDAD Y SUSTANTIVIDAD EN QUE DESCANSA EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE ESTAS OFICINAS DEBEN CONSIGNAR EN LAS CALIFICACIONES QUE FORMULEN CUANTOS DEFECTOS ADVIERTAN, SIENDO CONSECUENCIA DE TAL PRINCIPIO EL QUE TENGAN QUE RECHAZARSE LAS PETICIONES QUE SE FUNDEN EN DOCUMENTOS NO PRESENTADOS EN TIEMPO Y FORMA.

*Resolución de 8 de agosto de 1940. (B. O. de 21 de septiembre.)*

Ratifica la de 29 de enero del año actual, que puede verse en el número 142, correspondiente a marzo último, de la REVISTA. Pueden consultarse, además, las resoluciones de 22 de noviembre de 1905, 23 de julio de 1914, 24 de febrero de 1915 y 26 de julio de 1916.

ALBACEAS. LOS TESTADORES PUEDEN CONCEDERLES AMPLÍSIMAS FACULTADES, CON TAL DE NO PERJUDICAR LAS LEGÍTIMAS Y DE NO ELIMINAR LA INTERVENCIÓN DE LOS HEREDEROS FORZOSOS CUANDO AQUÉLLOS ENAJENEN O GRAVEN BIENES INMUEBLES CONFORME AL PÁRRAGO 7.º DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA.—LA FALTA DE PERSONALIDAD DEL NOTARIO RECURRENTE HA DE ALE-

GARSE EN FORMA DE EXCEPCIÓN DILATORIA POR EL REGISTRADOR AL DEFENDER SU NOTA.—SI ESTE ÚLTIMO FUNCIONARIO NO ESTUVIESE CONFORME CON LA LIQUIDACIÓN GIRADA EN EL DOCUMENTO, SU MISIÓN SE REDUCE A PONERLO EN CONOCIMIENTO DE LA DELEGACIÓN DE HACIENDA RESPECTIVA.

*Resolución de 10 de agosto de 1940. (B. O. de 21 de septiembre.)*

Por escritura otorgada ante el Notario de Madrid D. Alejandro Santamaría y Rojas, el 16 de noviembre de 1939, D. Luis Rico Fernández, en su calidad de albacea y contador-partidor en la testamentaría de D. Miguel Hernández Nájera y García Pelayo, y además como apoderado de doña Milagros Malaver Contreras, D. Pablo Hernández Nájera Malaver, doña Cristina Sáinz Alfonsín y doña Carmen Hernández Nájera y Sáinz, vendió a D. Francisco y D. Alvaro García Carranza, quienes lo adquirieron por mitad y proindiviso, por el precio de un millón setecientas cincuenta mil pesetas, un cortijo denominado "Calonge", sito en el término municipal de Palma del Río.

El expresado D. Miguel Hernández Nájera y García Pelayo, a cuyo favor figura inscrito en el Registro el inmueble vendido, falleció el 1 de noviembre de 1936, bajo testamento autorizado el 17 de julio del mismo año por el Notario de Madrid D. Alejandro Arizcún, con arreglo a minuta presentada por el otorgante, en el cual se contienen, entre otras, las siguientes cláusulas: "Segunda: Declaro estar casado con doña Milagros Malaver y Contreras y tengo tres hijos llamados D. Miguel y D. Pablo Hernández Nájera Malaver y doña Carmen Hernández Nájera y Sáinz. Quinta: Dejo a mi hija Carmen Hernández Nájera y Sáinz, o a sus descendientes legítimos en su defecto, en representación de la misma, todo el remanente del tercio de libre disposición en la siguiente forma: a), ochocientas mil pesetas efectivas, desde luego, y sin esperar a liquidar el resto de la herencia. En esta suma, en todo caso han de entenderse comprendidos los derechos legitimarios que a su favor estableciesen las disposiciones legales ahora o en lo futuro. Esa cantidad se le pagará íntegra o hasta donde alcance con la mitad del metálico y valores mobiliarios que haya en mi herencia, y el resto en bienes inmuebles de que yo no dispongo expresamente en este testamento, tasados en justicia y elegidos por los contadores-partidores que distribuyan mi caudal. De las ochocientas mil pesetas habrán de quedar cuatrocientas mil

pesetas aseguradas, para que si al perder la madre de Carmen el usufructo legal de los bienes de su hija, se conservase en su estado actual sin contraer matrimonio, le pasen doña Carmen o sus descendientes, en su defecto, para mientras la madre siga sin cambiar de estado, mil quinientas pesetas mensuales, libres de todo gasto, pues les impongo esta expresa e ineludible obligación; si al morir yo hubiera fallecido ya sin descendencia, mi hija Carmen, se entregarán cuatrocientas mil pesetas efectivas en valores mobiliarios, por una sola vez y libres de impuestos, a doña Cristina Sáinz Alfonsín, siempre que no haya variado de estado; b), el remanente del tercio llamado de libre disposición se le entregará cuando se haya liquidado el resto de la herencia, incluyendo en este remanente todos los mantones de Manila, por su justa estimación a juicio de los contadores." Por las cláusulas sexta y séptima dispuso de los tercios de mejora y legítima estricta en favor de sus otros dos hijos o descendientes de éstos, D. Miguel y D. Pablo Hernández Nájera y Malaver, siendo tales bienes, a falta de unos y otros, para su hija Carmen o descendientes legítimos de ella. Nombrando en la undécima albacea contadores-partidores de su herencia a distintos señores, entre ellos D. Luis Rico Fernández, a todos juntos y a cada uno de por sí, dándoles amplias facultades, entre otras cosas que no hacen al caso, para que vendan en pública o extrajudicial subasta o sin ella los bienes que crean necesarios y hagan, en fin, y practiquen cuantas diligencias, actos y contratos crean convenientes para el exacto cumplimiento de su testamento.

Fallecido uno de los hijos del causante, el llamado D. Miguel, el 23 de agosto de 1936, esto es, con anterioridad a aquél, la madre y hermano del mismo, doña Milagros Maraver Contreras y D. Pablo Hernández Nájera y Malaver, en escritura de mandato de la cual dió fe, el 14 de noviembre de 1939, el Notario de Madrid D. Luis Avila Pla, y doña Cristina Sáinz Alfonsín, por su propio derecho y además como madre con patria potestad sobre su hija menor doña Carmen Hernández Nájera Sáinz, en otra escritura de mandato autorizada al siguiente día por el mismo Notario, después de manifestar todos que consideraban conveniente la enajenación del cortijo "Calonge" en el expresado precio a los señores García Carranza, y en previsión de que fuese necesario el consentimiento de los mismos para llevar a cabo la transmisión, facultaron al albacea D. Luis Rico Fernández para otorgar la correspondiente escritura de venta y recibir el precio, que este señor dis-

tribuirá en momento oportuno, debiendo computarse al liquidar la sociedad de gananciales y distribuir la herencia.

Presentada primera copia de la escritura de compraventa, a cuyo pie figura nota suficiente de la Oficina liquidadora de Madrid acreditativa de haberse satisfecho el impuesto por los adquirentes por tal concepto, en el Registro de la Propiedad de Posadas, fué puesta a continuación de la misma por su titular la siguiente nota: "No admitida la inscripción de la venta que comprende el precedente documento, por los defectos subsanables siguientes: 1.º, porque no se acompaña la autorización judicial para vender los bienes que corresponden a la heredera menor de edad Carmen Hernández Nájera y Sáinz, como exigen los artículos 231 del Reglamento Hipotecario y 164 y 903 del Código civil; 2.º, porque el contador-partidor no tiene autorización del testador para vender inmuebles de la herencia, cuando éstos no son necesarios para liquidar el activo y pasivo del caudal relicto. De la lectura del testamento se deduce dejó el causante metálico y valores mobiliarios en cantidad respetable, no haciendo mención alguna a la existencia de deudas, lo que demuestra que no las tenía. Y no teniendo que pagar deudas del causante de ningún género, el contador-partidor no tiene facultades para vender los bienes relictos, transformando la naturaleza de estos inmuebles en bienes fungibles, como es el dinero; 3.º, porque ordenando el testador que se complete el pago a su hija Carmen de las primeras ochocientas mil pesetas que le lega con inmuebles, y que de éstos queden aseguradas cuatrocientas mil pesetas para que su hija Carmen y sus herederos abonen a la madre de Carmen, cuando ésta pierda el usufructo, una pensión mensual de mil quinientas pesetas libres de gastos, mientras conserve su estado actual, constituye una carga real que grava el inmueble o inmuebles que se le adjudiquen en pago de este legado, carga real que no puede constituirse si se venden los bienes de la herencia y se transforman éstos en fungibles, abonando a la hija Carmen en metálico su haber hereditario. Al ordenar el testador que queden aseguradas esas cuatrocientas mil pesetas, es indudable que no quiso autorizar al contador para que vendiera bienes de la herencia, porque entonces sería imposible constituir la carga real que estableció sobre los mismos; 4.º, porque al ordenar el testador que el remanente de los bienes del tercio de mejora que pasara de un hijo a otro, caso de fallecer sin descendencia, y en último caso a su hija Carmen o sus descendientes, constituye una limitación dominical sobre los mismos que impuso

a sus hijos en tales bienes, y es claro y evidente que no autorizó ni pudo autorizar al albacea para vender inmuebles de la herencia de la importancia de la finca vendida, porque su transformación en bien fungible hace imposible la limitación dominical que les impuso sobre los bienes que constituyen el resto de tal tercio de mejora; 5.º, porque ni el contador ni los herederos llamados en primer término al usufructo de los bienes relictos pueden transformar los inmuebles de la herencia en metálico, que es bien fungible, con perjuicio posible de los herederos llamados en segundo y tercer lugar a heredar los inmuebles relictos, si como bien fungible los consume; y 6.º, por no acreditarse el pago del impuesto a la Hacienda de las herencias del causante y de la de su hijo Miguel, transmisiones hereditarias que tuvieron lugar con anterioridad a la venta de la finca que comprende la presente escritura, y que de inscribirse ésta quedaría la finca vendida exenta del impuesto sucesorio, por lo que se refiere a dichas dos transmisiones anteriores, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20 de la Ley y 56 de Derechos reales, calculándose que por lo que vale la finca "El Calonge" tienen que abonar de impuesto a la Hacienda, por lo que pueda corresponder a ambas herencias, una cantidad que puede ser superior hoy a doscientas mil pesetas y en el día de mañana, por lo que pueda contener de lo reservable del hijo Miguel, puede ascender a bastantes miles de pesetas, siendo necesario que acrediten el pago a la Hacienda de estas dos herencias previas, para poder inscribir la precedente venta. Y en su lugar se toma anotación preventiva a instancia de parte."

Interpuesto recurso gubernativo por el Notario autorizante de la escritura de compraventa, la Dirección, confirmando el auto presidencial, declaró estar aquélla extendida conforme a las prescripciones legales, apoyándose en las palabras al principio enunciadas y en las siguientes:

Que la lectura del testamento patentiza que el causante se propuso que, en primer término y antes de practicar las operaciones de liquidación de la sociedad legal de gananciales y de partición de la herencia, se entregase a doña Carmen Hernández Nájera y Sáinz la cantidad de ochocientas mil pesetas, autorizando expresamente a los albaceas contadores-partidores solidarios para vender con tal finalidad incluso bienes inmuebles "elegidos" por éstos; y, por tanto, en cumplimiento de la intención del testador, insistentemente manifestada y que además se corrobora en la cláusula que detalla sus amplias atribuciones, estaba

facultado el albacea para otorgar la escritura de venta de la finca a que se refiere este recurso, a cuyo efecto, con notorio exceso de formalidades, obtuvieron no sólo la conformidad del único hijo legítimo y heredero testamentario y de la viuda, sino además, "por razones de delicadeza", el beneplácito de las personas interesadas en el tercio de libre disposición, cuyo consentimiento, por no ser legitimarias, era innecesario.

Que por tratarse del ejercicio de atribuciones que el testador pudo conferir y confirió para la venta de inmuebles al albacea, y por haberse ésta ajustado a las disposiciones legales directa y concretamente aplicables al caso, no procede negar eficacia al contrato, que los interesados en la herencia estimaron beneficiosa, aduciendo oficiosamente, para justificar la impugnación, posibles perjuicios a éstos, relacionados con la interpretación de cláusulas testamentarias, conciliables con el ejercicio de las funciones asignadas a los albaceas y con las instrucciones del causante, ni invocar preceptos sobre enajenación de bienes de menores, reguladores de casos diferentes del debatido.

Que para la observancia del art. 245 de la Ley Hipotecaria, en que se apoya el último defecto, sólo compete a los Registradores exigir que en el documento sujeto a inscripción figure nota de la correspondiente Oficina liquidadora, según ya se ha declarado en diversas resoluciones, y ratifica el art. 179 del vigente Reglamento del impuesto, sin que, por otra parte, y como también ha declarado el Centro directivo, pueda el Notario, amparándose en el art. 121 del Reglamento Hipotecario, impugnar una calificación sobre infracciones reales o supuestas de las Oficinas liquidadoras, por referirse a actos posteriores al otorgamiento y no afectar a su crédito profesional.

Finalmente, que la denominada, más o menos técnicamente, falta de personalidad del Notario, debe alegarse en forma de excepción dilatoria por el Registrador al defender su nota calificadora, no siendo admisible si se formulare por otrosí en el escrito de apelación.

(Pueden consultarse las resoluciones de 2 de julio de 1897, 8 de julio de 1910, 29 de marzo de 1915, 2 de mayo de 1916, 26 de diciembre de 1930 y 30 de junio de 1939.)

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

## BIBLIOGRAFIA

---

FUNAIOLI.—“Cosa smarrita e cosa dimenticata”.—*Rivista del Diritto commerciale*. 1940 (luglio-agosto).—Milano.

¿Cabe distinguir las cosas *perdidas* de las cosas *olvidadas* para someterlas a distinto tratamiento en lo relativo al premio del hallazgo y a la atribución de propiedad?

Los artículos 715 y siguientes del Código civil italiano, análogos a los artículos 615 y siguientes del nuestro, se refieren al hallazgo de una cosa mueble para ordenar al que la encontrare su consignación en poder de la autoridad local; pero, en realidad, los amos o jefes de oficinas, tiendas, hoteles, vehículos, cafés... proceden de muy distinta manera, y no hay que hablar de los dueños de casas particulares donde el amigo o visitante ha dejado olvidado su paraguas.

De aquí que en las jurisprudencias y legislaciones vaya abriéndose camino la distinción, para poner de relieve que, caso de advertir cualquiera que hay un objeto olvidado en lugares o establecimientos donde la vigilancia y custodia son usuales o reglamentarias, ha de llamar la atención del encargado, sin notificar el hecho a las autoridades ni poder exigir el premio del hallazgo, atribuyéndose la propiedad, cuando la devolución no sea posible, al patrono de la casa o del establecimiento, como si la posesión de la cosa hubiere pasado al mismo, directamente, desde su desmemoriado dueño.

En el caso que dió origen a la sentencia del Tribunal de Apelación de Milán, publicada el 20 de marzo último, un viajero había encontrado en el retrrete del tren una cartera con 110.000 liras en billetes, la había depositado en poder del jefe de estación y se negó, en su día, a recibir el premio neto de 4.478 liras, porque quería que en el recibo se hiciera constar su posible derecho a la totalidad de la suma. Trabado más tarde el pleito, el viajero ganó la primera instancia, pero perdió la

segunda, más bien por la fuerza de la apuntada distinción que por las especiales disposiciones vigentes en materia ferroviaria. (Véase, para mayor conocimiento del asunto, el art. 181 de nuestro Reglamento de Policía de Ferrocarriles, de 8 de septiembre de 1878, sobre el depósito de los objetos olvidados por los viajeros.)

Según el Tribunal, para que pueda propiamente hablarse de cosa perdida se necesita: *a*), un objeto mueble que se halle en la propiedad de alguno; *b*), que haya salido de la órbita de posesión sin voluntad del tenedor; *c*), que todavía no haya entrado en la esfera de posesión de otra persona; *d*), que no se halle en condiciones de ser recuperado directamente o sin búsqueda incierta; *e*), que pueda ser aprehendido por cualquiera que lo tropiece, sin necesidad de violar la guarda o custodia en que ha caído, y *f*), que no exista ningún encargado de recogerlo *in situ*.

Estas condiciones no concurren cuando se trata de cosas encontradas en un tren.

MÁXIMO D'AMELIO.—“La gioia di vivere e la sua indennità” (“La alegría de vivir y su indemnización”). — Revista *Assicurazioni*, año VII (1940-3).

Las Compañías de seguros inglesas se hallan sumamente preocupadas por dos decisiones del primer Tribunal de Apelación de Londres y de la segunda Cámara judicial de los Lores, que, respectivamente, concedieron indemnización: *a*), en un choque de automóviles, 400 libras esterlinas por lesiones graves, y 4.000, por pérdida de una más larga vida, a un hombre de buena salud, pero que había cumplido sesenta y nueve años y siguió viviendo mucho tiempo después de los doce meses de vida que oficialmente se le computaron; *b*), en un atropello de una motocicleta por un coche, al padre y heredero de una señorita de veintitrés años, que en el accidente sufrió fractura de la pierna derecha, muriendo cuatro días después, varias cantidades por tres títulos: sufrimiento, pérdida de miembro y acortamiento de las esperanzas de vida.

El autor señala la rápida evolución de la legislación y de la jurisprudencia inglesas. Hasta 1934 prevalecía el principio de que las acciones por daños nacidos de hechos delictivos no se transmitían a los herederos (*actio personalis moritur cum persona*). En la ley de dicho año (Law Reform Act) se admite ya la transmisión de las acciones. A su

vez, la ley de Accidentes fatales prescribe que los daños causados por automóviles pueden reclamarse *jure proprio* (no *jure successionis*) por las terceras personas sobre las cuales repercuta la muerte de la víctima. Pero los daños exigibles eran de dos categorías: fisiológicos (*pain*) o morales (*suffering*). Las decisiones judiciales aludidas han admitido una tercera por la desaparición de la esperanza de vida (*loss of expectation of life*). Esta pérdida de la alegría de vivir se ha valuado: en el caso de un niño de ocho años, 1.500 libras; para jóvenes hasta veinte años, en 1.000 libras, y para personas de mayor edad, entre 1.000 y 500 libras. Las sumas se hallan en relación con la vida probable que se atribuiría al interfecto, o con el tiempo que podía vivir el lesionado en el accidente.

Se trata de daños morales, indudablemente. Pero, ¿cómo apreciar, en el supuesto de morir inmediatamente la víctima, o tras un coma traumático, si ha tenido la visión del acortamiento de su vida y sentido la angustia de la esperanza perdida? Por otra parte, en Italia, los daños morales no reclamados por la víctima no se transmiten como elementos patrimoniales a sus herederos, y, en su consecuencia, no podrán exigir el importe de su resarcimiento ni la madre del recién nacido muerto por impericia del comadron ni el sucesor del atropellado que pereció instantáneamente. Parece exagerado el análisis minucioso de lo que la víctima ha padecido por la pérdida de la alegría de vivir, por el temor de la muerte, por la angustia de no poder formalizar su testamento o por cualquier otro anhelo. La jurisprudencia italiana los engloba.

La misma observación puede hacerse respecto a los daños corporales: es improcedente calcular el valor de una pierna amputada, de un *visus* perdido, de la funcionalidad disminuida..., al tiempo de fijar la indemnización por la muerte de la víctima que apenas ha sobrevivido al accidente.

Sin embargo, puede admitirse que una persona reclame los daños morales, como los patrimoniales, *jure proprio*, o sea, por sufrirlos ella (madre, hija...) directamente al morir el ser querido sobre el que descansa la familia.

“Mater familias”.—Estudio del profesor ANTONIO CARCATERRA en *Archivio giurídico* (vol. CXXIII, fasc. 2).

*Mater familias* ha tenido en la época republicana un doble significado: *a*), social y casi vulgar, equivalente a *matrona*, y *b*), técnico,

como *uxor in manu*; pero el paralelismo de la *mater familias* con el *pater familias* no puede invocarse frente a los textos de la época clásica, porque *pater* es el ciudadano *sui iuris*, aunque no tenga hijos ni esté casado, mientras que la *mater* se halla en la potestad del marido. Solamente cuando se suprime, en el siglo IV, la tutela de las *mujeres*, se aproximan los dos conceptos.

DOMENICO PISAPIA.—“Appunti in tema di scienza del Diritto”.—*Archivio giuridico* (vol. CXXIII, fasc. 2).

Las relaciones entre Derecho, ciencia y filosofía atraen con fuerza irresistible a la investigación italiana, sobre todo después que Carnelutti, saliendo de los ámbitos del *Derecho procesal*, en que desenvolvió fecundas iniciativas, ha transformado con su lenguaje metafórico el grave problema en un panorama alpestre, afirmando que el pasar de la experiencia a la filosofía no es cuestión de camino, sino de altura, puesto que todas las vías (materialismo, positivismo, racionalismo...) conducen a la cima, si quienes las recorren tienen pantorrillas y pulmones.

Para el autor es una verdadera equivocación el considerar a la filosofía como algo que se encuentra por encima y fuera de las ciencias singulares; en nuestro caso, como superación de la teoría general del Derecho.

Con ello se coloca, es cierto, la filosofía en alturas que dan vértigo, pero se olvida que la ciencia elabora la experiencia humana en el sentido de la *exterioridad*, y la filosofía mira lo *interior* y ahonda en lo profundo. La función que debe asignarse a la filosofía frente al Derecho no es la de sublimarlo o desvanecerlo, sino la de extraer los principios que en él viven, teniendo presente la realidad histórica, indispensable para llegar a la exacta determinación de su concepto y de sus relaciones con la vida social.

ROGER BONNARD.—*Le Droit et l'Etat dans la doctrine nationale-socialiste*.—2.<sup>a</sup> ed. París, 1939.

Presenta para nosotros gran interés la recensión que de esta obra hace en el *Archivio* un publicista italiano, Franco Pierandrei, porque confronta las recientes teorías alemanas con los puntos de vista de un francés que ha conseguido superar las dificultades del asunto, y con las

observaciones críticas de un fascista que así lo reconoce. Sin embargo, el crítico rechaza las apreciaciones siguientes:

1.<sup>a</sup> La doctrina fascista se ha contentado con las teorías del Estado corrientes en Alemania a fines del pasado siglo, y sobre este cañamazo ha bordado el régimen autoritario. Pierandrei replica que las ciencias constitucionales y administrativas se habían desarrollado en Italia de un modo autónomo (Borsi, Palma, Romagnosi...), si bien es cierto que se había estudiado el pensamiento germánico como el francés y el inglés, pero sin aceptar las exageraciones del liberalismo y del positivismo. Se han mantenido, indudablemente, por el Fascismo algunos principios del pasado pensamiento, ecos del inmortal Derecho romano; mas ¿quién desconocerá la renovación impuesta por el grandioso Derecho corporativo?

2.<sup>a</sup> Recientemente, y bajo la influencia de la doctrina nacionalsocialista, se han abandonado los caminos de la antigua dogmática para sostener la identidad Pueblo-Estado. A esto se contesta que tal principio ha sido discutido en Italia con gran profundidad mucho antes que en Alemania.

3.<sup>a</sup> Sólo en estos últimos tiempos, y siguiendo el ejemplo de los autores nazis, que buscan con entusiasmo los precedentes germánicos, se han referido los investigadores fascistas al Derecho romano. Contra esta afirmación basta referirse a la obra de Orlando *I criterii tecnici per la costruzione giuridica* (1899) y a la escuela italiana, que sostuvieron la necesidad de aceptarlo como genuina fuente metodológica para la construcción jurídica.

Y, en fin, Pierandrei advierte al Bonnard que es imposible equiparar, aun en forma dubitativa, el Partido nacional fascista al partido único soviético, en el sentido de que estos partidos son minorías que imponen a todos su voluntad, para contraponerlos al partido nacionalsocialista, que representa genuinamente la voluntad política del pueblo alemán. El fascismo ha combatido antes que nadie al bolchevismo, ha denunciado tan maléfica utopía, ha afirmado con energía que es un partido nacional y se presenta, no como una dictadura, sino como la expresión de la vida política italiana, basada en la homogeneidad de una sangre milenaria alimentada por las mismas corrientes espirituales y dirigidas por la unidad de destino.

ROBERTO DE RUGGIERO.—*Istituzioni di diritto privato*.—Milano. Messina-Principato. 1940.—790 páginas.

Se trata de la cuarta edición de la obra, traducida por los Sres. Serrano Súñer y Santa Cruz (Editorial Reus), y ahora ajustada a los nuevos libros del Código Civil italiano.

LUDOVICO BARASSI.—*Instituzioni di diritto privato*.—Segunda edición, también ajustada a los nuevos libros del Código.—Milano-Giuffré. 1940.—474 páginas.

PAOLO GRECO.—*Il contratto di lavoro*.—Torino-Utet. 1939.—XVI.—499 páginas.

CEDAM.—*Fase preliminare e dibattimento nel processo civile inglese*. 1939.

El autor se propone buscar las causas de un fenómeno curiosísimo del Derecho inglés: el pequeño número de procesos que llegan a ser sometidos al Juez de fondo y terminan con sentencia definitiva. La fase preliminar, que va dirigida, no sólo a preparar el debate, sino a resolver el litigio, da la clave del misterio.

BOCCA.—*Introduzione allo studio della deontología forense*.—Milano. 1940.—141 páginas.

Según el autor, en la práctica profesional hay dos actitudes fundamentales: el pesimismo y el humorismo. Este último, propulsivo y vivificador, conduce a la afabilidad y a la paciencia, virtudes indispensables al abogado.

MAERI.—*Teoria della liquidazione coatta delle banche*.—Bari. 1939. Página XIII-130.

Monografía encaminada a fijar las características y naturaleza jurídica de la liquidación forzosa, introducida en Italia por los Decretos-leyes de 12 de marzo de 1936 y 17 de julio de 1937.

ALBERTO ASQUINI (Prof.).—*I titoli di credito*.—Lecciones recogidas por el Dr. Giorgio Oppo.—Roma. 1939.—G. U. F.—Dispense universitarie. S. A.—Página XVIII-585.

El autor cubre todos los puntos críticos de la discusión refiriéndose a la voluntad de la Ley.

“La prohibición de subir los precios en la legislación alemana”.—*Deutsches Recht*, núm. 35, de 31 de agosto de 1940.

Un Decreto del Reich de 26 de noviembre de 1936 prohíbe el aumento de precio de mercancías o de otras prestaciones. Este Decreto no se refiere sólo a mercancías en sentido técnico, sino prohíbe también el aumento de las primas de seguro, de las rentas de alquiler, de los honorarios de los médicos, de los precios de hospitales, de las minutas de abogados, de los aranceles notariales, de las entradas en cines, teatros, cabarets., etc. Y no se limita la prohibición al aumento nominal de los precios, sino también, manteniendo precios iguales, al empeoramiento de la calidad, la disminución del peso, el condicionamiento de la venta de una mercancía por la venta de otra, etc. Un contrato que infringe el mencionado Decreto no es nulo, sino que se reputa como contraido con precio legal. En la guerra recobra el Decreto importancia crecida. Sobre todo deben rebajarse los precios si las prestaciones, por razón de la guerra, empeoran de calidad. Por ejemplo, han de rebajarse las rentas si el casero no puede cumplir su obligación de calentar la casa por falta de carbón. Otra costumbre, introducida en la guerra, es la de reclamar los vendedores que se les devuelvan los papeles u otras materias en donde las mercancías estaban empaquetadas. También esta costumbre representa un aumento indirecto y prohibido del precio.

FELIPE CLEMENTE DE DIEGO.—*Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 16 de septiembre de 1940*.—Madrid. Reus. 1940.—112 páginas.

El célebre jurista, Presidente del Tribunal Supremo, diserta en este discurso sobre varios temas, pertenecientes a la “Filosofía del Derecho”, y que resume bajo el siguiente título: “Método en la decisión de los casos controvertidos ante los Jueces y Tribunales”.

Al principio, ataca el orador la equiparación de Ley y de Derecho (páginas 16 a 36). El Derecho es superior a la Ley. La Ley es sólo una de las formas en que el Derecho se exterioriza, habiendo de mencionarse, además, la costumbre y los principios generales del Derecho. Esta posición iusnaturalista implica la refutación enérgica de la *estatalidad* (páginas 29 y siguientes) del Derecho. El Estado no tiene el monopolio de la creación del Derecho. Los que así opinan, identificados con los que no reconocen sino la Ley, "olvidan que los monopolios, aun los naturales y más fuertemente constituidos, tienen sus límites, que, por muy intensamente que se entregue el individuo al Estado, nunca le absorbe por completo, porque hay algo en él que es inalienable, intransmisible, inextinguible, como su yo, su razón, su libertad, sus fuerzas espirituales, en suma" (pág. 30). Una Ley puede ser contraria al Derecho. En este caso, y bajo condiciones especiales, puede ser descartada por los ciudadanos. El ilustre jurista menciona en este lugar las opiniones concordantes de Fray Domingo Soto y de Santo Tomás (páginas 24 y 25). Ya los romanos tenían en cuenta el problema deontológico (véase a lo que sigue, "Heineccii Elementa Juris Civilis secundum ordinem Institutionum", Venecia, 1792, pars. 1.<sup>a</sup>, liber. 1.<sup>o</sup>, titulus 2.<sup>o</sup>, § 33 y sigs.) Distinguían la ley divina ("vel per rectam rationem, vel per sacras litteras promulgatur") y la ley natural ("secundum naturam vivere"). La naturaleza, fundamento de la ley natural, era o común a hombres y animales, o específica de los hombres. En el primer caso, hablaban de "ius naturae"; en el segundo, de "ius gentium". El "ius gentium", a su vez, era, o común a todos los hombres, o impuesto en determinados lugares por necesidades especiales. Según este punto de vista, puede hablarse de un "ius gentium primarium et absolutum" y de un "ius gentium secundarium et hipoteticum". Heineccius, después de exponer las doctrinas estoicas en boga en Roma, pasa al análisis de la tesis cristiana con las siguientes palabras orgullosas (1. c., § 40): "Ita veteres. Nobis, quos nemo Stoae, tamquam glebae, adscripsit." Las enseñanzas cristianas se distinguen de las doctrinas romanas en dos puntos importantes: por un lado, descubre el cristianismo a Dios de una manera desconocida al mundo antiguo; por otro lado, separa rigurosamente los hombres de los animales, atribuyendo alma sólo a los primeros. Sin embargo, todavía Vitoria ("Doctrina Internacional", edit. por Fr. Luis Getino, 1940, pág. 19) tiene que criticar la extensión del "Derecho natural" a los animales. También Rousseau ("Discurso sobre el

origen de la desigualdad entre los hombres", prefacio) se ocupa de esta cuestión. Santo Tomás (S. T. Prima Secundae) distingue la ley divina, la ley natural y la ley humana. La ley natural es aquella parte de la ley divina que nos es cognoscible (1. c. 19, 4, y 91, 2). La ley natural contiene los principios fundamentales; la ley humana, los detalles de la reglamentación (91, 3). Sin embargo, contiene la ley humana forzosamente lagunas que han de suplirse mediante los fallos judiciales (95, 1). La ley natural, a diferencia de la ley humana, es una (94, 4), inmutable (94, 5) e inextinguible en los corazones humanos (94, 6). Como se ve, concuerdan romanos y cristianos en lo fundamental: en el reconocimiento de un criterio valorativo de la ley positiva. Sin embargo, existe la mayor discrepancia, vaguedad y confusión en lo atinente al contenido de aquel criterio, situación en apariencia tan desesperada, que el positivismo y legalismo del siglo pasado, que rechaza toda instancia supralegal, debe encontrar su excusa en esta innegable insuficiencia. Otra reacción más moderada contra la chocante diversidad de criterios la representa el iusnaturalismo formal, condenado a una esterilidad nada favorable para el prestigio de la ciencia. ¡Que se abandonen de una vez para siempre los adagios "dar a cada uno lo suyo", cuando precisamente lo que se discute es lo que pertenece a cada uno! ¡Que se arroje al mar, para salvar el prestigio de la ciencia, el lema del "neminem laedere", cuando lo que interesa es el distingo entre los casos en que la lesión es lícita y los en que es ilícita! Así naufraga el iusnaturalismo verdadero entre el Escila brutal del positivismo y el Caribdis estéril del llamado naturalismo formal. Para salir al paso de tan difícil situación, no queda más remedio que abandonar resueltamente las soluciones seudocientíficas y refugiarse en el puerto seguro del iusnaturalismo cristiano. Sólo la religión es capaz de valorar la legislación positiva de manera sincera, eterna y fera.

El orador expone luego las diversas dificultades que plantea la interpretación de la Ley y de las demás fuentes legales (págs. 36 a 56), para entrar después en el examen de la oposición: "hecho y derecho" (páginas 56 y siguientes) y de su tratamiento procesal. El eximio jurista dedica una parte de su estudio al lema: "Dabo tibi ius", distinguiendo la Ley, la costumbre y el Derecho extranjero (págs. 70 y sigs.; 76 y siguientes, y 82 y sigs., respectivamente). Como es sabido, gira la discusión en torno del problema de si el Juez debe conocer e investigar de oficio la costumbre y el Derecho extranjero, o si la carga de alegación y

de prueba incumbe a las partes. Ya en los tiempos del reinado apasionado del principio dispositivo no faltaban quienes creían al Juez obligado a conocer o investigar de oficio ambos fenómenos; tanto más ha de aceptarse esta opinión hoy día, cuando el *leitmotiv* de la "Justicia rogada" es atacado por todos lados. Por lo demás, no podemos analizar en este lugar los múltiples problemas que plantea la aplicación del Derecho extranjero (véase REVISTA, 1940, págs. 297 a 300). En lo que respecta a la posición del Juez frente al hecho, no queremos pasar en silencio el libro de Calogero ("La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione", 1937), que compara el trabajo del Juez en este aspecto con el del historiador; y la crítica de Calamandrei (en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1939, págs. 105 y sigs.), contenida en su artículo: "Il giudice e lo storico".

**BLAS PÉREZ GONZÁLEZ.**—*Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales, el 16 de septiembre de 1940, por el Fiscal del Tribunal Supremo.*—Madrid. Reus. 1940. 104 páginas.

El libro que tenemos a la vista se compone de la Memoria de don Blas Pérez y de cuatro apéndices: 1.º Extracto de las Memorias de los Fiscales de las Audiencias. 2.º Extracto de las Memorias de los Fiscales de lo Contencioso-administrativo. 3.º Circulares e instrucciones de carácter general y consultas. 4.º Estadística. La Memoria (págs. 5 a 29) culmina en los siguientes hermosos principios, "que recoge la cultura ambiente y el ansia común de hoy":

"La Justicia es servicio preferente para la comunidad.

La Justicia es carga para el Estado y no fuente de ingresos.

La Justicia no es servicio gratuito para quien puede pagarla; cosa distinta es que no sea gravosa e incierta cuantitativamente.

La Justicia necesita de personal digno, competente, bien retribuido y considerado.

La Justicia precisa de procedimientos simplificados, con facultades activas para la dirección, investigación y comprobación del caso litigioso.

La Justicia ha de ser administrada con inteligente rapidez.

La Justicia no ha de tener más dependencia que el respeto a la Ley y los dictados de la conciencia del juzgador.

La Justicia no perdona.

La Justicia es autónoma y responsable."

Para el logro de personal apto para poner en práctica tamaños principios, propone el eximio catedrático lo que sigue (págs. 19 y sigs.): "El sistema de ingreso pudiera ser el siguiente: terminados los estudios de la Licenciatura o del Doctorado en la Facultad de Derecho, y contando con un mínimo de veintitrés años, los que sientan vocación por el ejercicio de las funciones judiciales o fiscales y quieran hacer de ellas su profesión, solicitarán su ingreso en la Escuela Judicial. La mencionada Escuela abriría concursos-oposición anuales por el número limitado de plazas que conviniera al servicio. La solicitud, con la documentación acreditativa de los antecedentes morales y los méritos de orden técnico del aspirante, serviría de encabezamiento del expediente personal que abriría la Escuela, y, bajo la responsabilidad del Director y el Claustro, sería tramitada con toda escrupulosidad una información justificada de la solvencia moral del concursante-opositor, y, previas las pruebas de capacitación técnica que se estimaran precisas, se elevaría la propuesta de los admitidos, con sus respectivos expedientes, a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, quien a su vez informará al Ministro sobre su aprobación.

Aprobada la propuesta de los admitidos, ingresarían en la Escuela, cuyas enseñanzas de dos años, por lo menos, tenderían al perfeccionamiento moral y técnico de los futuros Jueces y Fiscales, con clases teóricas y prácticas de las diversas disciplinas precisas para su completa formación, con estudios de moral profesional.

El cuadro de profesores estaría integrado por personal de ambas Carreras, nombrado por el Ministro de Justicia a propuesta de la Sala de gobierno del Tribunal Supremo, los de la carrera judicial, y del Consejo fiscal los de este Cuerpo.

Pudiera, para la enseñanza de disciplinas especiales, Medicina legal, con los modernos métodos científicos de investigación, etc., autorizarse el nombramiento de personal extraño a las Carreras, nombramientos que se harían por el Ministro de Justicia, a propuesta del Consejo de Educación Nacional.

Sería interesante la vida en internado o semiinternado, con dotación módica y suficiente de los alumnos, para poder ejercer una completa vigilancia sobre su conducta, vocación y demás cualidades, así como para que tuvieran acceso a la Escuela todos los que lo merecieran, sin distinción de medios o angustias económicas.

Verificadas las pruebas finales con aprobación, el Claustro de la Escuela elevaría al Ministro, por conducto de la Sala de gobierno del Tribunal Supremo, las propuestas de nombramientos de Jueces por orden de puntuación, especificando con el mayor detalle las aptitudes especiales observadas en cada uno de ellos, sus cualidades, carácter, etc., con mención expresa y reservada de los que tuvieran condiciones, por sus medios de expresión oral y escrita, para desempeñar puestos de la carrera fiscal. Todos, con las prácticas en su caso que estimaran necesarias, desempeñarían funciones judiciales durante seis años, transcurridos los cuales y revisada su actuación por la Sala de gobierno del Tribunal Supremo y por el Consejo fiscal, se propondría al Ministro los que hubieran de ser destinados a la carrera fiscal, aun sin solicitud del interesado, o rechazando las que pudieran formularse por los no reputados aptos para el ejercicio de tales funciones.

Transcurridos varios años—dos, tres o más—de actuación fiscal, y previos informes del respectivo Fiscal jefe y del Consejo fiscal, este organismo propondría al Ministro los funcionarios que definitivamente debieran continuar figurando en el Cuerpo fiscal.

El éxito de este encargo—del que se apuntan ideas sin detalles ni perfiles—radica en hacer cuidadosamente la selección del Profesorado; de su integridad, competencia e interés dependerá en gran parte la bondad de la nueva Justicia. De no ser así—digámoslo claro—, habríamos constituido un organismo para ayuda del burocratismo.”

GEORG LENZ. — *Neue Grundlagen der Rechtsfindung* (Nuevos fundamentos del hallazgo del Derecho).—Hamburg. Hanseatische Verlagsanstalt. 1940.—213 páginas.

En uno de los últimos números de la REVISTA (págs. 552 y 553) acabamos de llamar la atención sobre una nueva fundamentación del Derecho procesal. Insistiremos en esta tarea, puesto que se trata de un libro de grandes pretensiones y de una materia de sumo interés.

En los tiempos del dominio del Derecho romano no existía una rigurosa distinción entre Derecho sustantivo y Derecho adjetivo. El concepto de la “*actio*” expresa una pretensión que se hace valer procesalmente, y abarca, por lo tanto, ambos aspectos. Efectivamente interesa a primera vista el Derecho sólo en su forma procesal; lo mismo que sentimos sólo nuestros miembros en el caso de que nos duelan. Wind-

scheid separa por primera vez la pretensión del Derecho sustantivo y la acción procesal en su célebre obra: "La actio del Derecho civil romano" (1856), y realiza así la emancipación del Derecho material, por un lado, y del Derecho procesal, por el otro. El Sr. Lenz atribuye este mérito a Bülow, haciendo caso omiso de la persona y de la obra de Windscheid, cosa tanto más extraña por apoyarse casi exclusivamente sobre los juristas del siglo pasado, despreciando soberanamente los del siglo XX. Preparado así el terreno, apareció en 1868 el libro de Bülow sobre "la teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales". Este libro concibe el proceso como dimanante de una relación jurídica, cuyo nacimiento está condicionado por la existencia de ciertos presupuestos, que Bülow denomina "presupuestos procesales", y que en parte han de examinarse de oficio y en parte no se analizan sino "ope exceptionis". Sólo para el último caso debe reservarse el término "excepciones procesales". Por esta razón sustituye Bülow la voz "excepciones procesales", que resulta demasiado estrecha, por la denominación "presupuestos procesales". Piénsese, por ejemplo, en la competencia de jurisdicción, en la personalidad de las partes, etc. El concepto de la relación jurídica, tomado del Derecho civil, que fué de hecho el único que ofreció una estructuración conceptual, resulta muy abstracto y desconectado de la pretensión cuya realización se persigue en el proceso. Para remediar este defecto, establece Wach el concepto de la exigencia de protección jurídica ("Rechtsschutzzanspruch"). Nos referimos a su "Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts" (1885) y a su "Der Feststellungsanspruch" (1889). Wach entiende bajo tal denominación el Derecho subjetivo público procesal de la parte (titular, según el Derecho material) frente al Estado, para que le dé protección jurídica mediante una sentencia favorable; y frente al adversario, para que éste sufra el acto protector estatal. El proceso es el medio adecuado para realizar la exigencia de protección jurídica. Sin embargo, se atacó desde el principio la existencia autónoma de esta exigencia, que en el fondo no es sino la pretensión de Derecho material en su aspecto procesal. Por lo tanto, continuó la teoría dominante concibiendo el pleito en forma de relación procesal ora entre los litigantes y el Tribunal, ora entre los litigantes entre sí, ora entre cada litigante y el Tribunal, negando las relaciones entre los litigantes. El ataque fundamental contra la teoría de la relación procesal fué dirigido por James Goldschmidt en su obra: "El proceso como situación jurídica" ("De Prozess als Rechtslage", 1925). La crítica de James

Goldschmidt se esfuerza en demostrar la esterilidad de la noción de relación jurídica aplicada al proceso. La terminología científica no debe ser un mero juego de palabras. Por lo tanto, si la doctrina dominante emplea el término de "relación jurídica", sin diferenciarlo del mismo término empleado en la ciencia del Derecho civil, quiere decir que dichos dos términos significan lo mismo, o sea que las mismas reglas aplicables a la relación jurídica material son aplicables a la relación jurídica procesal. La relación jurídica material se caracteriza por los *deberes* y *derechos* que mutuamente surgen entre acreedor y deudor. El incumplimiento de los deberes es *antijurídico*, y, por regla general, el acreedor puede *constreñir* al deudor para que los cumpla. Nada de eso encontramos en el proceso. El demandante, por ejemplo, no tiene el derecho de que el demandado comparezca. En caso de rebeldía, recaen sobre el demandado consecuencias desventajosas; pero no se trata del incumplimiento de un deber. Tampoco aplicamos en el Derecho procesal las valoraciones de juridicidad y antijuridicidad. Más bien hablamos de admisibilidad y de ser o no fundado un acto procesal. En el Derecho material es solamente de importancia la *existencia de un derecho*; en el Derecho procesal nos interesa la *evidencia*, o sea la prueba del Derecho. En resumidas cuentas: lámese la relación procesal como quiera, consta que es fundamentalmente diferente de las relaciones jurídicas del Derecho material. En verdad se trata de lo que puede denominarse "situación jurídica". Desde el momento en que se pone el asunto en tela de juicio, se transforman los derechos y deberes de la ley sustantiva, por ser puestos en duda, en *expectativas y posibilidades de una futura conducta judicial*, es decir, de una sentencia favorable o desfavorable. No es decisiva la *existencia de un derecho*, sino solamente su *evidencia*. La demanda no se distingue por ser antijurídica o por ser legal, sino por ser admisible o inadmisible, de un lado, y fundada o no fundada, por otro lado. La inseguridad forzosa de todo proceso ha encontrado sus repercusiones, por ejemplo, en los preceptos que exigen del poseedor de buena fe, después de la litispendencia, que tenga en cuenta la pérdida del litigio. En general, esta transformación de la situación estática del Derecho material en una situación dinámica procesal de inseguridad y de probabilidades, se realiza siempre al poner en duda cualquier afirmación. La teoría procesal de James Goldschmidt no es sino una aplicación de un principio filosófico general: durante el proceso de la verificación de una tesis nos encontramos forzosamente con una situación de inseguridad.

Dentro de la contienda civil existen normas del propio interés y **cargas procesales**. Es un imperativo del propio interés el de comparecer para defenderte, para que no recaigan sobre uno las cargas y desventajas fijadas por la ley. El valor del concepto de la situación jurídica es, además de sus desenvolvimientos ya expuestos, el de determinar el concepto de los "actos de postulación", de aclarar los conceptos de litisconsorcio especial, de sucesión procesal, etc. La teoría de la situación jurídica ha sido divulgada en España por el eximio procesalista D. Leonardo Prieto.

Después de las teorías de la relación y de la situación establece Lenz la tesis de que el proceso es un suceso jurídico ("Rechtsvorgang"). Lenz mismo es el creador de este nuevo concepto, que de una manera sintética reúne elementos normativos y facticios. Lenz cree que la relación jurídica se convierte en el proceso y existe sólo en él. Así cree el autor poder resolver los conflictos entre una sentencia errónea y la situación de Derecho material. En rigor, no puede existir tal conflicto, puesto que aquella situación en el momento del proceso existe sólo en forma procesal y, por último, en forma de sentencia. Una sentencia puede contradecir tan poco al Derecho material, como un adulto puede contradecir a su propio estado infantil. No es del caso abordar a fondo el interesante libro de Lenz, que en todo punto demuestra el mismo afán de fusionar conceptos separados por la ciencia jurídica, por ejemplo, los de Derecho material y procesal. Lenz analiza también el problema: *Juez y Ley* (págs. 130 y sigs.), que en un Estado totalitario, sin división de poderes, reviste especial importancia. En el número 142 de la *REVISTA* (página 151) hemos alegado ya literatura sobre este extremo, la que deseamos completar, citando, además del libro de Lenz, las obras de Hans Franzen: "Gesetz und Richter" ("Ley y Juez"), y de Heinrich Henkel: "Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt" ("La independencia del Juez y su nuevo significado"). Ambas han sido publicadas por la *Hanseatische Verlagsanstalt*. También merecen mención dos artículos publicados en la *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* (1937, págs. 634 y sigs.): 1.º, Volkmar: "Wandlung der Aufgaben des Richters und Erweiterung des Gebiets der freiwilligen Gerichtsbarkeit" ("Cambio de las tareas judiciales y ampliación del campo de la jurisdicción voluntaria") 2.º, Rothenberger: "Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht" ("Independencia judicial y fiscalización disciplinaria").