

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVI

Septiembre de 1940

Núm. 148

Crítica institucional del Código civil

Indudablemente, existe un Derecho que podría denominarse institucional, estructural o de otra forma. Es el Derecho que fija las líneas fundamentales o perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas. Construye los tipos o fórmulas básicas, con las cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo, entre los varios modelos institucionales que le ofrece en cada materia, el que más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo.

La existencia y carácter de este Derecho institucional quedará suficientemente comprobada con lo que se expondrá seguidamente. Esta justificación empírica del Derecho institucional es preferible, al menos de momento, a su demostración filosófica. En este último aspecto, baste decir que dicha visión institucional del Derecho se halla fuera de la órbita del llamado Derecho natural, tanto en su noción clásica (de contenido fijo e inmutable) como en su acepción stammleriana (de contenido variable). Pero, con todo, funciona en él cierto logicismo iusnaturalista, pues el estilo dominante en cada construcción jurídica impone, en sus consecuencias, la rigidez de una verdadera lógica institucional. Y no se crea tampoco que al apartarse del Derecho natural caiga el Derecho institucional bajo la influencia de la escuela histórica y del positivismo jurídico. No obstante, hay en el Derecho institucional una gran dosis de realidad jurídica, manifestada bajo la gran exuberancia de fórmulas e instituciones vividas a través de la Historia y de la positividad del Derecho.

Basten estas simples consideraciones como breve preámbulo a la siguiente crítica institucional del Código civil español. Son tantos los de-

fectos de que, en este aspecto, adolece nuestro Cuerpo legal, tan necesitado de una reforma a fondo, que es cosa obligada concretarse a los más principales. Empezaremos por las materias fundamentales del Derecho sucesorio, examinando, en este grupo, los defectos institucionales relativos al sistema sucesorio, al momento de la sucesión, a la legítima, a la diferenciación entre la representación sucesorial y la *successio graduum et ordinum*, etc., etc.

SISTEMA HEREDITARIO

Institucionalmente, existen dos tipos hereditarios. Uno, que se puede denominar romano (*successio*), y otro, germánico (*adquisitio per universitatem*).

En virtud del primero, el heredero se *subroga en la misma posición jurídica de su causante*. En el segundo, el heredero *adquiere todo el activo patrimonial de su causante, pero con el gravamen de las deudas hereditarias*.

Para mejor penetrar en la esencia del sistema romano hay que partir del presupuesto histórico siguiente: En el Derecho romano primitivo, bajo la base de la organización patriarcal de la familia, ésta estaba regida por un jefe único, el *pater*, el cual, más que titular de bienes o derechos, asumía las funciones de un cargo: el de jefe doméstico. El *pater familias* ejercía más bien un *imperium* que un *dominium*. Bajo esta concepción funcionarista, al morir el jefe, todo quedaba reducido a sustituirlo por otro. Este cambio se operaba mediante una verdadera sucesión en el cargo de la prefectura agnática vacante. La designación del nuevo jefe debió de efectuarse, bien con sujeción a las reglas de primogenitura y masculinidad (fórmula automática), bien por elección de un *sui* por el *pater familias* (fórmula electiva).

Este segundo procedimiento, en el cual puede verse el germen del futuro testamento romano, es el más verosímil (Bonfante, Scialoja). Pero, sea como fuere, es lo cierto que el nuevo jefe, o *heres*, sucedía en el gobierno de la familia, recogiendo del causante la soberanía doméstica, pero sin que pudiera decirse que adquiría bienes, pues el patrimonio era de la entidad familia, no siendo, su jefe, otra cosa que su administrador o gestor. "Pasaban las personas, pero no los bienes", dice Summer Maine.

Después de las guerras púnicas, cuando aquel Estado rústico y terrateniente se transformó en centro urbano y comercial, desaparecida la

estructura patriarcal y convertida la propiedad colectivo familiar en propiedad individual y libre, el *heres* ya no recogía ningún poder soberano sobre el grupo agnaticio, pues la familia, como ente semipúblico, había desaparecido ya. A consecuencia de este cambio, parecía como si la antigua sucesión en el cargo hubiera de quedar sustituida por la simple adquisición de los bienes relictos, pero no fué así; el peso de la tradición, con la cual los pueblos fuertes no rompen nunca, debió de hacer que perdurase la mecánica anterior de la sucesión en el cargo (1); pero entonces el heredero no sucedía en la jefatura familiar, sino en el *ius*, o sea en la misma posición jurídica de su causante.

La expresión romana de este fenómeno sucesorio es la *successio*, o *successio in ius*, o *successio in locum ius*. El heredero sucede, se coloca o se subroga en todo el elemento o materia jurídica del *de cuius*. Pero por una construcción ya iniciada por los glosadores y seguida por Heineccio, Vöet y otros, se ha querido ver que el heredero sucede en el *universum ius*, o mejor dicho, en la herencia concebida como un patrimonio u objeto único, y sobre el cual, como pretende Thibaut, el heredero tiene un *derecho real universal*. Y así Sohm, Windscheid, Unger, Bruns, Wachter, Ferrara y tantos otros, afirman que el patrimonio del difunto se mantiene en su unidad, integrado por el complejo de derechos y obligaciones; es decir, que como una unidad o en bloque, pasa al heredero, de manera que éste no sucede directamente en los elementos patrimoniales aislados, sino que sucede directamente en el patrimonio relícto, considerado como un objeto único (*universitas*) (2).

En su consecuencia, se considera que el patrimonio hereditario está integrado por los derechos y las obligaciones del causante, o sea por él

(1) La ley de las XII tablas no dice que los herederos *bona habetur*, sino *familiam habetur*.

(2) Esta doctrina tiene por base los textos del *Corpus* que hablan de *successio in "universum" ius* o *in "omne" ius*, cuyas palabras *universum* y *omne*, expresivas, según algunos, de las ideas de unidad, se estima fueron interpoladas por los compiladores bizantinos. (Longo: "La successione particolare nel Diritto romano". *Bulletino dell'Istituto de Diritto Romano*, años 1902 y 1903.) Por esto, a los indicados romanistas Bonfante, Cicu, Brinz, Gangi y otros, estiman que este trámite intermedio del patrimonio relícto es absurdo e inútil y que, por tanto, el heredero, según el sentido recto de la expresión romana pura de la *successio*, *successio in ius* o *in locum ius*, se subroga sencillamente en la misma posición jurídica de su causante, significando dichas palabras, supuestamente interpoladas, no la idea de unidad, sino la de totalidad, o sea la obtención de la *universitas* de un solo golpe o mediante un acto único.

activo y el pasivo, pasando este conjunto unificado, de elementos positivos y negativos, al sucesor. De este modo se sostiene que, en la sucesión romana, el patrimonio relicto no se disgrega o liquida, sino que perdura y continúa, como si subsistiese aquella antigua noción del patrimonio de la familia patriarcal, que se perpetuaba a través de los sucesivos cambios de *pater familias*.

La *successio*, como idea opuesta a la *adquisitio*, es algo fundamental en el ordenamiento hereditario romano. El heredero se subroga en la misma posición jurídica que tenía el causante; ocupa su puesto o lugar. Sólo por efecto de esta subrogación, el heredero deviene titular activo de los derechos, créditos y acciones del causante, y titular pasivo de las deudas u obligaciones del mismo, con la sola excepción de los derechos y obligaciones personalísimos. Por tanto, el *heres*, primeramente obtiene el título personal de sucesor; en virtud de este título, se subroga en la posición jurídica del *de cuius*; a consecuencia de esta *successio* adquiere los bienes y derechos y asume las deudas y obligaciones.

En el sistema germánico, el principio fundamental es que el heredero no se subroga en la posición jurídica del causante, sino que, simplemente, adquiere bienes o derechos. Al concepto romano de la *successio*, el sistema germánico opone el de la *adquisitio*. Allí hay un *succedere in locum*; aquí, una *rem transferre*. Lo que ocurre es que dicha *adquisitio* es *per universitatem*, o sea que, en virtud de ella, el heredero adquiere un conjunto de bienes o derechos en bloque, y en virtud de un título jurídico único.

El heredero germánico adquiere un patrimonio relicto o una cuota del mismo. A la muerte de una persona, su patrimonio pasa, como una universalidad, al heredero (art. 1.922 del Código civil alemán). Pero este patrimonio no es el clásicamente concebido, o sea, no está formado por los derechos y las obligaciones del causante, pues tan sólo comprende el activo hereditario. El pasivo, las deudas u obligaciones de la herencia, no forman parte de este patrimonio, actuando, únicamente, respecto de él, como carga del activo. Si las deudas formaran parte del patrimonio concibiéndolas como elemento negativo del mismo, el heredero devendría titular pasivo de ellas; pero no es así, pues las deudas continúan, en cierto modo, en la cabeza del finado, y el heredero sólo asume la responsabilidad de las mismas, limitada al valor del activo adquirido. El heredero adquiere los bienes con la carga de las obligaciones, de forma que puede decirse que responde de estas *ob rem*, o sea, del mismo modo

que un tercer adquirente de una finca hipotecada responde sólo con ella, en principio, del importe de la hipoteca. En el fondo, no es el heredero quien responde de las deudas del causante, sino la herencia en sí.

Haciendo un paralelo entre los principios a que responden ambos sistemas hereditarios, pueden hacerse las observaciones siguientes:

I.—En el sistema romano, el heredero *sucede en una posición jurídica*, mientras que en el germánico *adquiere bienes o derechos*. Aunque pueda parecer exagerado, hay que insistir acerca del criterio diferencial entre la *successio* y la *adquisitio per universitatem*.

En la *successio* hay un cambio, meramente subjetivo, en la relación jurídica. Una persona se coloca en el lugar jurídico que otra ocupaba antes, sucediéndola en la titularidad activa y pasiva. En la sucesión, las relaciones jurídicas subsisten tales cuales eran antes del cambio de titular, permaneciendo intactas e idénticas, a pesar de este cambio. Este permanecer idéntico es lo que caracteriza la *successio*. Por el contrario, en la *adquisitio* es la relación o derecho lo que cambia, transfiriéndose de un patrimonio a otro. En la *successio*, si no se quiere prescindir de la idea de transferencia, más bien debe hablarse del traspaso de una posición jurídica que de un patrimonio.

Esta diferencia esencial entre la sucesión y la adquisición se pone de relieve en materia de deudas hereditarias, pues en ellas funciona perfectamente el concepto de sucesión, pero no, en cambio, el de adquisición o transmisión, ya que, como dice De Diego (1), por representar la deuda un valor negativo o un elemento pasivo del patrimonio, a primera vista repugna al buen sentido que se hable de una transmisión de deuda. Por ello, en el sistema germánico de tipo adquisición no hay transmisión o adquisición de deudas hereditarias, pues éstas continúan subsistentes como gravando el activo, o sea los bienes y derechos del causante.

II.—El título o condición de heredero tiene, en el Derecho romano, un carácter eminentemente personal, mientras que en el germánico tiene una naturaleza patrimonial.

Subrogándose en el *ius* del causante, el heredero romano viene a ser un *alter ego* de aquél. Por esto, el *Corpus* dice que es cosa sabida que el heredero es de la misma potestad y derecho (*eiusdem potestatis, iurisque esse*) de que fué el difunto (2), y asimismo afirma que *unam quodam-*

(1) *Transmisión de las obligaciones*, pág. 206.

(2) *Digesto*, l. 16. "De reg. iuris", frag. 59.

modo esse persona heredis, et ius, qui in eum transmittit hereditatem (1), o sea, como dicen las Partidas, como una persona es contada la del heredero, e la de aquel a quien hereda (2). De aquí las teorías de la continuidad o de la representación de la personalidad del causante por el heredero, las cuales, si bien constituyen puras ficciones, ponen de manifiesto, con todo, la esencia misma de la *successio*.

Muy distinto es lo que ocurre con el sistema germánico, pues en él es el heredero un vulgar adquirente de bienes, caracterizado por el hecho de adquirir una universalidad. Es un adquirente *per universitatem*, equiparable, en cierto modo, al legatario parciario romano, al comprador de una herencia y al donatario universal. Según afirma Lehr (3), la teoría romana por la que el difunto revivía en la persona del heredero, y éste continuaba la de aquél, fué desconocida enteramente en el Derecho germánico.

III.—La *successio* es una consecuencia o efecto de la obtención del título de *heres*, bien sea por vía de la ley o por la voluntad del causante. La *adquisitio per universitatem* es una consecuencia de haberse efectuado a favor del heredero, sea por la ley o por el causante, una disposición de la totalidad o de una cuota de los bienes hereditarios. En el Derecho romano, la cualidad de heredero depende del nombre, y no de la atribución patrimonial, como en el sistema germánico.

Es, pues, la *successio* una consecuencia del conferimiento del título de *heres*, aunque este título implique un *nudum nomen*. La *adquisitio per universitatem* hereditaria, en cambio, es consecuencia de un acto dispositivo del *de cuius*. En el sistema romano, sucede el que es nombrado heredero. En el germánico, el que es llamado a *adquirir* la totalidad o una cuota del activo del causante se denomina heredero. La herencia romana tiene, pues, un carácter personal o subjetivo, propio del conferimiento del honroso título de heredero o sucesor. La herencia germánica tiene el carácter patrimonial u objetivo de una simple adquisición de bienes (4).

IV.—El testamento romano es fundamentalmente un acto solemne

(1) Novela 48 de Justiniano, proemio.

(2) Part. VII, tít. 9, ley 13.

(3) *Tratado de Derecho civil germánico*, pág. 617.

(4) El criterio sucesorio romano dificulta el que pueda considerarse como heredero el fideicomisario universal, pues el testador verifica a su favor un llamamiento a los bienes.

de nombramiento de sucesor o heredero. El testamento germánico es un acto jurídico de disposición de bienes, asimilable a una donación y, sobre todo, a un codicilo destinado a la disposición de legados.

Por esto en Derecho romano es requisito esencial o constitutivo del testamento la cláusula de institución de heredero. Como en el fondo no es más que la credencial de heredero, no se concibe que pueda existir un testamento sin que contenga una institución, del mismo modo que no es concebible una credencial de un nombramiento que no contenga tal nombramiento. Y es que el testamento originariamente no fué sino la designación pública y solemne que el *pater* hacía del futuro jefe familiar.

En el sistema germánico, el testamento, al igual que la donación, es un simple modo de adquirir bienes a título gratuito, o sea un simple acto de disposición patrimonial, desprovisto de toda idea de conferimiento de soberanía familiar. El testamento germánico es una carta de distribución de un patrimonio que desaparece y que, por tanto, se liquida, mientras que el testamento romano es una acta solemne de nombramiento de sucesor en el cargo de titular de un patrimonio que subsiste.

V.—En el Derecho romano no es posible una herencia sin heredero. Toda persona debe dejar un heredero, bien designado por ella misma o supletoriamente por la ley. El testador podrá morir sin designar herederos, distribuyendo la herencia en legados o fideicomisos, que se mantienen eficaces por haber utilizado la cláusula o la forma codicilar, pero en estos casos entrarán a suceder los herederos *ab intestato*. De aquí las precauciones de la ley romana al establecer los estímulos de las cuartas falcidía y trebeliánica.

Por el contrario, por lógica institucional del sistema germánico, no es necesario que exista heredero, pudiendo el testador distribuir íntegramente la herencia en legados.

VI.—Para que el testamento romano subsista con eficacia es preciso que el heredero instituido llegue a serlo, pues si por premoriciencia, repudiación u otra causa no llegaba a ser heredero el designado o ninguno de los designados en el testamento, éste quedaba *destitutum* o *desertum*, resultando ineficaces todas las disposiciones testamentarias. Este principio, dentro del mismo Derecho romano, fué perdiendo rigorismo, de manera que en muchos casos subsistía el resto del testamento, arbi-

trándose recursos para evitar aquella invalidación; pero, con todo, esto fué siempre algo excepcional.

En cambio, en el sistema germánico, contenga o no institución de heredero y llegue o no a serlo el instituido, el testamento subsiste, en plena consonancia con la concepción patrimonial del sistema.

VII.—En el Derecho romano existe una diferenciación enérgica entre el heredero y el legatario, derivada del hecho de que aquél sucede al causante y éste simplemente adquiere.

El heredero romano es un sucesor, pero el legatario no lo es, pues adquiere bienes como si se tratara de un donatario. El legatario no se subroga en la misma posición jurídica del testador, sino que adquiere tan sólo los bienes que éste le transfirió por causa de muerte. El hablar de sucesión singular, al lado de la sucesión universal, es cosa inadmissible, debiéndose esto a una generalización o extensión absurda del concepto de la *successio* (1).

En el sistema germánico la distinción entre heredero y legatario es borrosa, pues ambos son simples adquirentes de bienes. La única diferencia que los distingue es la de que el heredero responde, si bien *ob rem*, de las deudas hereditarias, cosa que no ocurre con los legatarios, a los cuales estas deudas les afectan únicamente en el sentido de que si exceden del activo el legado resultará ineficaz por falta de caudal hereditario líquido. Pero, aun así, esta diferencia desaparece tratándose del *legatum partitionis*, pues si bien en el Derecho romano el legado de parte alícuota tiene una configuración precisa, en cuanto implica una adquisición *per universitatem* de un cuota hereditaria, en cambio, en el sistema germánico esta figura se desdibuja, debiéndose hacer un gran esfuerzo para afirmar que puede existir el legado parciario, pues para ello es preciso el artificio de legar una cuota del activo hereditario, dispensando al favorecido de toda responsabilidad por las deudas.

VIII.—Para que se produzca la *successio* es suficiente que se haya designado heredero. Toda asignación que el testador le haga es cosa indiferente. El heredero, de momento, basta que obtenga el *inane nomen heredis*. La condición de heredero depende exclusivamente del hecho de haberse utilizado el concepto de *heres*. Si el testador nombra por heredero a una persona (la ley en la sucesión intestada siempre nombrá heredero *simpliciter*), ésta, en virtud de este *nomen*, hace suyo todo

(1) Dice Longo (loc. cit.): "El concepto de *successio in singulas res* es una interpolación justiniana en los textos del Derecho romano clásico.

cuanto el causante no hubiera dispuesto a favor de otro. El heredero se subroga en la total posición jurídica del causante, pero sólo hace suyo lo que no hubiera sido atribuido a otra persona. Pero cuando el testador dispone de bienes a favor de una persona sin designarla heredero, en tal caso esta persona es un simple legatario, aunque le hubiere atribuido una cuota de la herencia (*legatum partitionis*).

En el sistema germánico la cualidad de heredero no depende del nombre, sino de la forma de atribución patrimonial. Si el testador asigna la totalidad o una cuota del patrimonio hereditario a una persona, ésta es heredera aunque no hubiera sido designada tal. Es más: aunque la hubiera nombrado heredera, si dispone a su favor de cosas concretas y determinadas, esta persona será un simple legatario.

IX.—La figura romana de los herederos *ex re certa* es desconocida en el sistema germánico por lógica institucional, como se acaba de ver. No es que el Derecho romano llegue a la exageración del principio de que el que es nombrado heredero con asignación de una cosa concreta y determinada sea heredero. Tan sólo se considera tal cuando es único heredero (*solus institutus*), o cuando, siendo varios instituídos *ex re certa*, no exista coheredero *simpliciter*. Existe heredero *ex re certa* siempre que al nombramiento de heredero se le adose una atribución patrimonial concreta o singular. Lo natural en Derecho romano es instituir heredero *simpliciter*, o sea sin concreciones patrimoniales; sin perjuicio, cuando sean varios los llamados, de fijar módulos cuantitativos de participación. Cuando no se hace así, surge un heredero *ex re certa*, y entonces las fuentes estiman que el testador ha incurrido en una expresión incorrecta. Si hay coherederos *simpliciter*, el heredero *ex re certa* queda legatario; pero cuando no exista tal coheredero, entonces, prevaleciendo el *nomen* sobre la *asignatio* y con el fin de salvar el testamento, se reputa como no puesta la atribución patrimonial (*detracta fundi mentione*), extendiéndose la institución de heredero a todo el *as hereditario*.

En el sistema germánico, en virtud del carácter dispositivo del testamento, el heredero, como simple adquirente de bienes, hace suyo únicamente lo que a su favor ha destinado el testador, y si esto es una cosa singular y determinada, tendrá la condición de mero legatario.

X.—Al centrar el Derecho romano toda la energía sucesoria en el conferimiento del título de *heres* con plena indiferencia a todo contenido o atribución patrimonial, es forzoso admitir la existencia de una

hereditas sine nullo corpore, así como la posibilidad de una *damnosa hereditas* en el caso de un pasivo hereditario que absorba el activo. La herencia puede ser, pues, una bolsa vacía, como dice un conocido autor, pudiendo quedar reducida a un puro *nomen* (*iuris intellectum habet*), o sea a un simple concepto jurídico. Cabe, pues, un *heres sine re*.

Esto es debido a que el heredero romano, simplemente, se subroga en la posición jurídica del causante, fuere cual fuere ésta, debiendo ser, por tanto, contemplada la *successio* con entera indiferencia si la herencia contiene algún bien o si acusa un excedente líquido.

Bajo el concepto económico o patrimonial del sistema germánico, no se concibe la existencia de una herencia que no implique adquisición de bienes a favor del heredero.

XI.—Como se ha dicho antes, en la herencia romana hay que ver un patrimonio global, constituido por un complejo de bienes y deudas, derechos y obligaciones, o sea por un activo y un pasivo. En ambos elementos, positivo y negativo, se subroga jurídicamente el heredero. Éste, por tanto, responde personalmente de las deudas, como un verdadero titular pasivo de las mismas. Por ello, no es una responsabilidad limitada al importe de los bienes hereditarios, sino que se extiende a los bienes propios del heredero. El heredero romano responde *ultra vires hereditatis*.

En el sistema germánico, al no constituir las deudas hereditarias un elemento negativo integrante del patrimonio relicto, el heredero adquiere el activo, sobre el cual el pasivo pesa como carga. De aquí que el beneficio de inventario resulte inútil en la herencia germánica, pues institucionalmente no cabe el peligro de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*.

El beneficio de inventario es una institución romana, y gracias a él quedan libres de responsabilidad hereditaria los bienes propios del heredero. Este remedio (introducido por el Derecho bizantino, deformador de algunas líneas arquitectónicas puras del Derecho romano clásico), a pesar de su fuerte resabio germánico, no destruye fundamentalmente la *successio* romana en este aspecto, pues dicho beneficio sólo produce una separación de patrimonios, al objeto de salvaguardar los bienes propios del heredero, pero éste continúa siendo titular pasivo de las deudas hereditarias, o sea subrogado en ellas, si bien con responsabilidad limitada al valor de los bienes relictos.

Si es permitido establecer un símil, se puede decir que el heredero

romano tiene la responsabilidad ilimitada del socio de una Sociedad colectiva; el heredero germánico tiene la responsabilidad del socio de una Sociedad anónima, y el heredero romano que ha aceptado a beneficio de inventario tiene la responsabilidad del socio de una Sociedad limitada.

XII.—Un principio sucesorio romano es el de la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada (*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*). Por efecto del mismo, si la institución de heredero comprende solamente una parte de la herencia, bien sea porque originariamente fué uno instituído en una sola cosa o cuota hereditaria, bien porque, siendo varios los instituídos, falten algunos de ellos, en tales supuestos, el heredero que llegue a serlo extiende su derecho sobre toda la herencia en la parte no dispuesta en legados. Este principio constituye una consecuencia lógica del sistema romano, por ser lo importante en él el título de heredero en sí, el cual tiene, por su propia esencia, energía suficiente para producir la subrogación en todo el *ius* del causante, con entera independencia de toda asignación patrimonial. Esto así, se comprende que no hay manera de que pueda entrar la sucesión intestada. El auxilio complementador de ésta es institucionalmente inútil, pues el título de *heres*, por su intrínseca virtualidad, derivada de aquella antigua soberanía familiar, es título bastante para producir la *successio* en la total posición jurídica del causante, en todo cuanto éste no haya asignado a otro.

Por el contrario, en el sistema germánico, fundado sustancialmente en el acto dispositivo del causante, el título de heredero testamentario carece de aquella fuerza expansiva, ya que, tratándose de una simple adquisición de bienes, el heredero no puede adquirir más de los que le haya atribuido la voluntad dispositiva del causante. Por tanto, en la parte de herencia, vacante o no, transferida, el cuadro de herederos intestados llenará el vacío dispositivo.

XIII.—El principio *semel heres semper heres* constituye otro principio de la sucesión romana. Atribuye a la condición de heredero las notas de perdurabilidad o perpetuidad. Quien llega a ser heredero no deja nunca de estar investido de esta cualidad. Podrá llegar a perder los bienes hereditarios, por ejemplo, en el caso de sustitución fideicomisaria *sub die*; pero, no obstante ello, continuará ostentando la condición de heredero. Entonces se puede decir que queda como una especie de heredero excedente, o sea sin contenido patrimonial hereditario. En su con-

secuencia, la condición de heredero es inalienable, la aceptación de herencia es irrevocable y los plazos suspensivos o resolutorios, así como la condición resolutoria, se consideran como no puestas.

El carácter personalísimo del título de *heres* explica este principio. Si en la institución hereditaria romana perdura aquella tradición del nombramiento de futuro jefe agnaticio, se comprenderá que el testador no puede verificar una designación bajo plazos o condiciones resolutorias que limiten su duración, pues, por su esencia propia, es una cualidad que debe subsistir indefinidamente, atendiendo, sobre todo, a la intrascendencia de que el título de heredero implique adquisición de bienes.

Como el sistema germánico está fundado en un criterio estrictamente patrimonial, de modo que el heredero simplemente adquiere bienes, por esto cabe sujetar las adquisiciones hereditarias a cuantos plazos y condiciones sean posibles.

XIV.—La doctrina romana del prelegado es de una rigurosidad lógica institucional. Según ella, el prelegado, o la parte del mismo que grave la totalidad o una cuota de la herencia atribuida al heredero prelegatario, caduca o queda vacante, y caso de existir otros llamados a la cosa prelegada, acrece a favor de éstos.

La razón de esta invalidación y acreción subsiguiente es clara. Si el heredero se subroga en toda la posición jurídica del causante, a consecuencia de ello adquirirá los bienes del mismo no dispuestos a favor de otro. Por tanto, la cosa prelegada es suya en virtud del título hereditario. Pero como el testador la dispone a favor del mismo heredero, resulta que, a título de legado, éste debe hacer suya también la cosa prelegada. Se produce, pues, una concurrencia de dos causas lucrativas, una de las cuales ha de prevalecer, pues no cabe que actúen ambas a la vez, ya que *quod nostrum est amplius nostris fieri nequit*. Ante esta pugna debe vencer la fuerza del *ius hereditarium*, a fuer de título personal, universal y más amplio e intenso. Entonces, como la cosa prelegada ya será del heredero *iure hereditario*, la disposición que ordena el prelegado es ineficaz en la parte que debe soportar el prelegatario, deviniendo, por tanto, caduco aquél e inoperante la adquisición *iure legati*.

Esta doctrina no puede tener aplicación en el sistema germánico, pues como en él todo depende de la disposición patrimonial del causante, es posible que los bienes hereditarios pasen al heredero en virtud

de títulos jurídicos diversos, perfectamente compatibles entre sí. El heredero germánico no queda investido de un título absorbente, sino limitado a la asignación patrimonial otorgada por el testador, que conservará con arreglo al respectivo título adquisitivo. El prelegado constituirá una anteparte o porción que se separa de la masa, y que percibe el prelegatario en virtud de un título de adquisición independiente del de heredero. El prelegado será, pues, un legado ordinario dispuesto a favor del heredero, y que surtirá los efectos comunes de todo legado.

XV.—En la *usucapio* romana, si el causante poseía de buena o mala fe, su heredero continuaba o sucedía en la posesión bajo la misma característica o condición. Así, si el causante era poseedor de buena fe, el heredero también lo era, aunque al entrar en la herencia tuviere mala fe posesoria.

Esta regla es una mera aplicación del criterio personal que preside la *successio* y efecto del principio de la subrogación en la misma posición jurídica del causante, así como de la concepción de que el heredero continúa la personalidad del *de cuius*.

En el sistema germánico el heredero es un simple adquirente, y por ello la transmisión hereditaria es institucionalmente tratada como un simple traspaso patrimonial, en el cual transferente y adquirente ocupan su posición jurídica propia. Por tanto, no puede haber sucesión en la buena o mala fe posesoria.

XVI.—Es regla de Derecho romano que el heredero que muere antes de haber aceptado la herencia no transmite a sus herederos ningún derecho a aquella sucesión (*hereditas delata, nondum adquisita, non transmittitur*). Salvo casos excepcionales, no se admite, pues, el *ius transmissionis*, o sea que no hay traspaso hereditario del *ius adeundi o delationis* derivado de una vocación sucesoria.

La explicación institucional de este principio consiste en que la delación hereditaria, de momento, no provoca ninguna adquisición patrimonial, sino el llamamiento al título personal de *heres*. Este título, derivado del antiguo conferimiento de poder doméstico al nuevo jefe familiar, se comprende que tenga carácter personalísimo o subjetivado (*cohaerent personæ*), pues debe estar influido por la idoneidad y condiciones personales del sucesor elegido. Una vez asumido el título de *heres* en virtud de la adición, los bienes hereditarios adquiridos ya se han acumulado al patrimonio propio del heredero. Por ello, de morir éste después de adir, queda extinguida la condición de heredero, pero

los bienes heredados ya figuran absorbidos como bienes de la herencia propia del heredero. Si éste fallece antes deadir, sólo hay un título hereditario que se extingue, que ha quedado inoperante; de modo que la adquisición de bienes, que era su consecuencia, no ha podido tener lugar. Aun en los casos en que excepcionalmente se daba el *ius transmissionis*, en rigor, más que adquirir, el heredero del heredero la condición de sucesor del causante, adquiría únicamente los bienes relictos por éste.

En el sistema germánico ocurre todo lo contrario. Se admite la transmisión a los herederos del heredero, y esto porque el heredero simplemente es llamado a verificar una adquisición patrimonial, sin consideración alguna a las cualidades del mismo. Se comprende que este derecho inmediato a adquirir bienes sea transmisible hereditariamente. Además, en el sistema germánico la herencia se adquiere *ipso iure* desde la muerte del causante, salvo repudiación posterior.

XVII.—En el sistema romano el heredero instituído bajo condición suspensiva (*o sub dies incertus quando*) que muere *pendentem conditionem*, no transmite a sus herederos ningún derecho a aquella sucesión.

Las mismas razones que justifican la intransmisibilidad romana cuando el heredero fallece antes deadir, militan con más fuerza aquí, pues en este caso no hay siquiera *ius delationis*, ya que, según las fuentes, en la institución bajo condición suspensiva la delación no se produce hasta tanto que la condición se haya cumplido. Y es que el Derecho romano presupone que el causante tiene un interés especial en que le suceda la persona que determina, y esto bajo la base de que el heredero romano, como administrador o gerente del patrimonio familiar, además de las condiciones ordinarias de la *testamentifactio passiva*, que son las mínimas para adquirir bienes, debe reunir en la mente del testador circunstancias especiales de aptitud. Los herederos del heredero no le interesan al testador, pues, en otro caso, ya los llamaría, aunque fuera por vía de sustitución.

Por implicar la herencia germánica una directa adquisición de bienes, falta la base para dicha no transmisión. La lógica interna del sistema germánico impone la solución de que el derecho a heredar, o, mejor dicho, a adquirir bienes a título de herencia, es una expectativa o derecho condicionado que forma parte del patrimonio del heredero y que con su valor condicionado se transmite a los herederos de éste.

XVIII.—Por último, la falta de *testamentifactio activa del filius familiás*, la actuación de un *ius accrescendi* de segundo grado y de tipo forzoso, o sea aun cuando no existan herederos *conjuncti*; la revocación absoluta del testamento por el mero otorgamiento de otro posterior perfecto y tantas otras particularidades romanas inexistentes en el sistema germánico, no son otra cosa que consecuencias lógicas institucionales.

* * *

Las diferentes legislaciones positivas han adoptado, con mayor o menor pureza, uno u otro de estos sistemas, formándose asimismo con ambos el inevitable tipo mixto, si bien influenciado prevalentemente por uno de ellos. Pero el examen de la evolución legislativa, que forma el interesante capítulo de la biología de las instituciones jurídicas, no es objeto de este trabajo, ya que debe concretarse éste a indicar la posición de nuestro Código civil ante aquellos sistemas sucesorios.

Tampoco es cuestión de discutir aquí acerca de las bondades y defectos de dichos dos sistemas, pues la crítica institucional del Código civil quedará limitada a señalar, simplemente, las faltas de lógica institucional en que ésta incurre al regular la materia. Por tanto, se hará caso omiso de todo elogio o repulsa. Únicamente queremos insinuar en esta ocasión que si fuera posible codificar a base de distinguir entre lo rústico y lo urbano, entre lo agrícola y lo industrial, quizá el sistema sucesorio romano encaja más en la vida jurídica agrícola o del campo. El sistema romano es vivido en gran parte en las comarcas, principalmente en las montañosas, de los territorios llamados forales, donde tiene realidad un régimen familiar robusto, de perdurabilidad patrimonial, gracias al auxilio de una legítima reducida, de usufructo vidual de tipo de regencia familiar, y a veces con el resorte del fideicomiso condicional, etc. Pero dada la imposibilidad de establecer un régimen jurídico dual, y ante la necesidad de codificar, la adopción de fórmulas amplias, de limitaciones elásticas en lo posible y de figuras institucionales de gran juego, puede permitir, bajo una visión integral, la confeción de un buen Código civil de tono unificador.

Ahora bien: ¿cuál de aquellos dos sistemas hereditarios sigue el Código civil español?

Si bien algunos artículos del mismo parece como si se inspiraran en el sistema de la *successio romana*, no obstante, la mayoría de sus pre-

ceptos están informados por las líneas institucionales del sistema hereditario germánico. Esto demuestra que dicho cuerpo legal no está elaborado con perfecta lógica y con técnica científica.

El Código civil dispone que "los herederos *suceden* al difunto por el hecho solo de su muerte en *todos* sus derechos y obligaciones" (artículo 661); que no aceptando a beneficio de inventario el heredero, queda "responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios" (art. 1.003); que el heredero "que muera antes de que la condición se cumpla... no transmite derecho alguno a sus herederos" (art. 759), y que "el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto" (artículo 739). La noción del patrimonio hereditario como *universitas* compuesta de activo y pasivo, surge en el art. 659 cuando establece que "la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte".

No obstante, la mayoría de los artículos del Código civil se producen a base del sistema hereditario germánico. Los más importantes son los siguientes:

Es testamento, según el art. 667, "el acto por el cual una persona *dispone* para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos".

"El testamento es válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar", en cuyos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias y el remanente de los bienes pasará a los herederos *ab intestato* (art. 764). Asimismo, toda la herencia puede ser distribuída en legados, en cuyo caso el problema de las deudas hereditarias se resuelve soportando a prorrata, o en la forma que determine el testador, las deudas de la herencia (art. 891). Tiene lugar la sucesión intestada cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador, en cuyo caso la sucesión intestada actuará solamente respecto de los bienes no dispuestos (art. 912, número 2.º).

Los herederos *ex re certa* siempre se consideran legatarios (artículo 768). Sólo el llamado a la totalidad o a una cuota de la herencia puede considerarse heredero, aunque no se le dé el nombre de tal. Por esto es difícil configurar en el Código civil el legado de parte alícuota.

La institución de heredero puede hacerse bajo término o condición, sea suspensiva o resolutoria (artículos 790 y 805) (1).

La doctrina romana del prelegado es silenciada en el Código civil, lo que obliga a entender que el prelegado produce los mismos efectos de todo legado ordinario.

No rige el principio romano de la sucesión por el heredero en la situación posesoria de buena o mala fe del causante (art. 442).

Se admite el *ius transmissionis* (art. 1.006), así como también existe la transmisión a favor de los herederos del heredero instituído, bajo condición suspensiva que fallece antes de cumplirse ésta (art. 799, en contradicción con el art. 759).

Además, según el artículo 660, "llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular", lo que da base para pensar que, al aplicar el concepto de sucesión a los legados, el Código deja de atribuir a este concepto la genuina significación de la *successio*. También el artículo 669 dice que "el testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado". Todo esto, unido al precepto contenido bajo el segundo párrafo de este artículo 668, da la idea de que es el *adquirit per universitatem* lo que caracteriza nuestra sucesión.

El artículo 661, de evidente sabor romano, es insuficiente para mostrar el verdadero juego de la *successio*, pues aunque el heredero se subroge, bien directamente, bien a través de la figura del patrimonio hereditario, en los derechos y obligaciones del *de cuius*, la subrogación en la misma posición jurídica del causante es cosa más amplia o extensa, pues envuelve la subrogación en situaciones jurídicas que escapan de los estrictos moldes del Derecho y de la obligación de contenido patrimonial. Así, en virtud de la teoría de los actos propios, el heredero no puede impugnar los actos que le sean perjudiciales otorgados en vida por su causante, y esto aunque haya aceptado la herencia a beneficio de inventario. Además, el heredero sucede en derechos sin contenido patrimonial, como las acciones sobre legitimidad, los *sacra* y los *iura sepulchri*.

Estas y otras normas hacen que el Código civil español deba considerarse inspirado en el sistema hereditario germánico. Pero, con todo, tampoco adopta este sistema en toda su pureza, pues, como se ha

(1) La cualidad de heredero aparece como inalienable, según se desprende del artículo 1.531 (resoluciones de 29 de agosto de 1925 y 30 de diciembre de 1930).

visto, parece como si en lo fundamental del fenómeno subrogatorio que la sucesión implica mixtificara los dos tipos examinados. Esto pone en evidencia la falta de lógica institucional de nuestro Código. Una legislación puede adoptar uno u otro sistema, pero no puede producirse a base de principios antagónicos o contradictorios.

Con Bonfante (1) se puede afirmar que en nuestro Código toda la estructura clásica de la herencia romana está completamente desvanecida; e incluso la misma *successio*. La responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias es únicamente un principio positivo singular (2). Pero la vida jurídica desborda muchas veces las construcciones del legislador. Como dice Jerónimo González, la definición del testamento, ya censurada por el Sr. Azcárate en la discusión parlamentaria, no alteró en lo más mínimo los conceptos tradicionales, y antes sirvió para exteriorizar la falta de respeto que merece la ley escrita cuando no se ajusta a la realidad jurídica. Y reproduciendo palabras de Falcón, añade que limitar la naturaleza del testamento a sólo la disposición de los bienes es dar de esta importantísima institución una idea mezquina, desmentida por su historia y reñida con las realidades de la práctica.

La jurisprudencia parece mantener, en cuanto a la idea de la *successio*, las líneas clásicas del Derecho romano. Así, ha dicho que el heredero *encarna y continúa* la personalidad del causante (sentencias de 9 febrero 1901, 8 abril 1927 y otras, y resoluciones de 10 junio 1916, 22 septiembre 1924 y otras). Pero también se ha declarado que "frente a la orientación jurídica, que estima la transmisión hereditaria como una sucesión en la personalidad, se ha desenvuelto en nuestro Derecho, y ahora constantemente en la jurisprudencia de los Tribunales, la idea de que la herencia está constituida por la masa de bienes remanente después de pagarse deudas y legados...", afirmación que también se encuentra en refranes populares, como los de "primero es pagar que heredar" y "donde hay deudas no hay herencia" (Resolución 19 septiembre 1929). A esta noción hereditaria, de cierta consistencia ger-

(1) *Scritti giuridici varii*, I, pág. 556, nota 2.

(2) El Apéndice aragonés al Código civil acentúa el carácter patrimonial de la herencia, de manera que, como expresa la Sentencia de 6 de junio de 1934, dicho Cuerpo legal, posponiendo lo jurídico a lo económico, el artículo 44 del mismo, llega a preceptuar que la herencia se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario y acorta las distancias existentes entre el heredero y el legatario de parte alícuota.

mánica, se inspira también la técnica notarial cuando en los testamentos emplea la fórmula "en el remanente de sus bienes instituye único y universal heredero", fórmula que la Resolución de 25 de agosto de 1923 califica de incorrecta, pues "responde más bien a un concepto económico de la herencia de gran interés en el estudio de su evolución histórica, que al concepto jurídico impuesto por nuestra legislación tradicional, especialmente por los artículos 659 y 661 del Código civil". Según la citada Sentencia de 9 de febrero de 1901, aquella fórmula notarial es contraria "al concepto legal y aun vulgar que se tiene del heredero como continuador de la personalidad del difunto".

Todo lo expuesto demuestra la deficiencia institucional de nuestro Código civil, así como permite comprobar cierto confusionismo en materias tan fundamentales. De dichos defectos no está exento el Código civil italiano ni los demás de tipo latino. Por ello, en una nueva revisión codificadora, será conveniente pronunciarse más claramente acerca de uno de dichos dos sistemas hereditarios, y así, una vez escogido el que más satisfaga las exigencias de la tradición, las necesidades nacionales y la convicción jurídica, será preciso que en su ordenamiento legislativo se guarde la lógica institucional del correspondiente sistema hereditario adoptado.

De este modo, los principios generales del Derecho, de que habla el artículo 6 del Código vigente, serán los principios institucionales del sistema elegido, pues hay que tener en cuenta que el articulado de un Código, por completo que sea, no llega a agotar toda la materia a normar. Y así, en la aplicación analógica de la ley positiva y al tratar de llenar las lagunas fatalmente existentes en los Códigos, los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera de donde el juzgador sacará los materiales necesarios para integrar la norma legal insuficiente. Entonces será cuando el llamado Derecho institucional aparecerá con todo su valor.

Y mientras tanto la reforma del Código arribe, dicho Derecho, y por ende, la lógica institucional, podrá servir de valioso auxiliar. Así, por ejemplo, la evidente contradicción entre los artículos 759 y 799 del Código civil, que tanta literatura ha producido, será fácilmente resuelta actualmente en el sentido favorable a la transmisión.

RAMÓN M. ROCA SASTRE.
Registrador de la Propiedad. Notario.
Juez de Primera instancia.

Fundamento de los principios del Movimiento Nacional en materia de trabajo y propiedad

El Movimiento Nacional, que aspira en todos los órdenes a una España mejor, hace suyos principios sociales en materia de propiedad y trabajo que algunos pudieran creer avanzados. Tienen, sin embargo, plena razón de ser, pues con ellos se aspira a resolver en lo posible el llamado problema social.

Estas líneas tienen la pretensión de examinar modestamente los fundamentos racionales de estos principios, y, por ello, han de empezar por hablar de dicho problema, cuya existencia es indudable, empezando por exponer sencillamente el concepto del mismo.

A mi entender, el problema social, según la significación que se da a la frase, es el producido en la sociedad por la convicción que se apodera de parte de sus miembros de que es injusta la distribución de la riqueza o de que no se les retribuye su trabajo con arreglo a lo que creen les es debido.

Este malestar lo encontramos en las diversas épocas de la Historia, a lo largo de la cual ha experimentado, como sucede con las enfermedades crónicas, períodos de alivio y momentos de agudización.

Que desde la más remota antigüedad hubo diferencias entre las

clases sociales, que motivaron la intervención del Poder público, para regular sus relaciones, con tasas y limitaciones a la libertad contractual, lo muestra como impasible y mudo testigo la columna de diorita, hallada por los arqueólogos en Asiria, hoy custodiada en el Museo Británico, y que data de dos mil años antes de Jesucristo, en cuya columna está esculpido parte del famoso Código de Hamurabi, conteniendo, entre otras disposiciones de este soberano asirio, unas por las que regulaba los salarios de los trabajadores y el interés de los préstamos.

También nos muestra la Historia que cuando las injusticias sociales se agudizaron o hubo ambiciosos o tribunos que las aprovecharon, para excitar a los que se consideraban en situación de opresión o de miseria, estallaron revueltas y verdaderas revoluciones, que sacuden a los pueblos envolviéndolos en ruinas y sangre.

¿Qué fueron, sino estas causas, las que sacudieron a Grecia en la antigüedad clásica, con varias revoluciones con alternativas de democracia y dictadura; las que originaron las luchas entre patricios y plebeyos en la antigua Roma, dando motivo a las leyes agrarias; las que provocaron la rebelión de los esclavos, acaudillada por Espartaco; algo de lo que alentó en las luchas entre Mario y Sila; las que en 1381 impulsaron la sublevación de los campesinos ingleses, dirigidos por John Ball y Wat Tuber; la de los franceses en 1358, sublevación llamada de la Jacquerie, en tiempos de Carlos V de Francia; las que causaron en el siglo XVI la guerra de las germanías en España, la de los aldeanos en Alemania; las que ayudaron a Cromwell en la revolución inglesa, que llevó al patíbulo al rey Carlos I, pues entre los que siguieron las banderas de aquel tribuno estaba la secta de los niveladores, que pretendía el reparto de bienes, de cuya secta se desentendió Cromwell después del triunfo? Por último, en las revoluciones modernas siempre ha habido un fondo social: así fué la francesa de 1848 y la de 1870, con la Commune, y la rusa de nuestros días. Aun la revolución francesa de 1789, que tuvo más carácter político, también se fundó en el malestar del pueblo y se mezcló con tendencias comunistas, como las de Babeuf.

Esta ojeada histórica nos prueba que pues tanta antigüedad tiene el problema social, y a pesar de tantas convulsiones sigue sin resolver, debe de ser de nada fácil arreglo, y así es, porque en la naturaleza humana hay cosas contradictorias: igualdad y unidad de especie y grandes diferencias individuales, como talento, fuerza, salud, etc.; necesidad de

vivir en sociedad y egoísmo que nos hace afanosos buscar nuestro bien e indiferentes ante el bien colectivo. Por eso creemos que dicho problema no tiene solución completa en lo humano; sólo lo sería la práctica integral del mandamiento de Cristo: "Amaos los unos a los otros, como yo os he amado", pues con esta divina virtud se encauzarían las pasiones humanas, causa de todos los trastornos.

Mas si no cabe solución completa, mediante las leyes positivas y actuación del poder público, si por estos medios pueden hallarse soluciones que lo mejoren, mitigando las necesidades de las clases inferiores y buscando más justa distribución de la riqueza.

Es, pues, preciso examinar atentamente los hechos para hallar las causas que aseguren la paz interior de las naciones, y este examen nos revelará que es cierto que en las crisis revolucionarias hay desatadas ambiciones, que con propagandas disolventes pretenden remover las aguas más o menos tranquilas de la sociedad, envenenando con el odio a las masas obreras para, apoyándose en ellas, alzarse con el poder y apoderarse de la riqueza sus nada desinteresados dirigentes; pero no puede dudarse que para que arraigue esta cizaña es menester cierta preparación del terreno, y ésta consiste en motivos muchas veces legítimos de descontento, como una miseria excesiva frente a una opulencia exagerada y el olvido por las clases pudientes de que el trabajo, en lugar de ser señal de abyección, como lo conceptuaba la antigüedad, considerándolo propio de esclavos, fué ennoblecido por Jesucristo, que lo practicó, y es según el Génesis precepto que a todos los hombres se impuso en la sentencia contra el primer hombre, promulgada cuando fué expulsado del Paraíso.

Según lo dicho, ¿será la comunidad de bienes solución al problema que estudiamos?

De ningún modo. El comunismo es absurdo: absoluto e integral de toda clase de bienes, no ha existido nunca; relativo, o sea de determinadas clases de bienes, por ejemplo, las tierras, ha existido en pueblos primitivos y en algunos pueblos salvajes, según cuenta Chateaubriand de algunos de América en su obra *Viaje a la América del Norte*.

En la antigüedad en Creta, la legislación de Minos prescribía que los siervos, llamados periecos, trabajasen, y los ciudadanos libres disfrutaran en común de los productos. En Esparta, Licurgo repartió las tierras por igual entre los ciudadanos: los ilotas las trabajaban y los esclavos se dedicaban al servicio doméstico; la mayor parte de los pro-

ductos se entregaban al Estado, que sostenía a los ciudadanos; mas esta legislación fracasó en la realidad.

Como teoría fué profesada por Platón (aunque éste mantenía la esclavitud), Tomás Moro y gran parte de los herejes, como los pitardos o adamitas de Bohemia y los anabaptistas, que llegaron a implantarlo en Munster, donde cometieron muchos excesos, acabando en 1536, después del sitio de la ciudad.

Como se ve, el comunismo no es nuevo; es una idea cuyas experiencias fracasaron en las edades antigua, media y moderna, ésta con sus ensayos de falansterios. Por tanto, si tal régimen fracasó en épocas que la vida era más sencilla y las necesidades mucho menores, ¿cómo podría tener éxito hoy, en que el capitalismo, apoyado en el crédito y los grandes adelantos científicos, ha transformado la vida en algo tan complicado y fecundo en actividades diversas que su colectivización total sería la muerte de multitud de ellas, con el inevitable descenso del nivel de vida para todos?

Por otra parte, la contemplación de la desigualdad física y moral entre los individuos de la especie humana, mucho mayor aún en cuanto a las dotes intelectuales (talento, memoria), ¿no revelan que hay un designio providencial contrario a la igualdad? Si Dios, que habla para todos los tiempos, manda a los ricos socorrer a los pobres, es porque siempre ha de haber unos y otros. La experiencia nos enseña que aun los hermanos de padre y madre son diferentes entre sí y que, empleados con ellos los mismos medios de educación y enseñanza y legándoles el mismo capital, los resultados son luego diversos (1).

Además, según la misma naturaleza humana, el único medio capaz de hacer que las actividades y talentos de cada individuo rindan todo su esfuerzo y resultado, contribuyendo así al general progreso, es el provecho que cada uno espera lograr para sí con el empleo de su actividad, y este estímulo, como se ve, no tiene nada de colectivo. Por eso decía el doctor Luther, ex presidente del Reichsbank, de Alemania: "Los errores y los excesos de la economía privada no pueden negarse. Pero las experiencias hechas hasta el presente han demostrado que sólo ella es capaz de obtener los mejores resultados de la actividad humana.

(1) La salud, el mayor de los bienes temporales, está desigualmente repartida, y lo mismo la belleza, que tanto las mujeres estiman.

Una autocracia, una estatificación exagerada, la socialización, sería pagada demasiado cara con la miseria y la muerte."

Suprimido el estímulo de la ganancia propia, sólo quedaría para obligar a los hombres al trabajo la coacción; por eso el comunismo conduce a la esclavitud. El mismo Platón proponía el comunismo, es verdad, pero también admitiendo la esclavitud.

La iniciativa privada, estimulada por el propio interés, suministra a la sociedad una dirección y gestión de los negocios, a menos coste que la proporcionarían burócratas del Estado, que a cambio de sueldo, a veces mayor que lo que supondría el beneficio del patrono, pondrían menor actividad e interés en su gestión. De aquí el fracaso del Estado como propietario de las fincas adjudicadas a la Hacienda, y de aquí también que para realizar las obras públicas desconfíe de la gestión directa y se valga de contratistas, que suponen la interposición de un patrono particular en el engranaje de la actividad estatal.

Pero es que, por otro lado, la estatificación de la riqueza con el comunismo bolchevique no da como resultado la igualdad; antes al contrario, crea una desigualdad grande, pues los funcionarios civiles y militares en que se apoya el régimen forman como una aristocracia, más despotica que la antigua, y como el ciudadano no tiene posibilidad de vivir de actividades libres, pues no hay más patrono que el Estado, resulta esclavo de éste, o más bien de los dirigentes que lo gobiernan.

El nivel de vida de un obrero ruso es el más bajo, y las condiciones de trabajo las más duras.

Por eso el anarcosindicalismo es contrario al socialismo, y no quiere Gobierno. Pero si el comunismo es tan difícil en un Estado con disciplina de hierro, ¿cómo podría mantenerse sin Gobierno? Además, la experiencia nos muestra que un Estado socialista o comunista no puede menos de premiar y castigar, y los premios y castigos son fuente evidente de desigualdades. No; los Estados comunistas no consiguen la igualdad ni la tranquilidad social, y ahí está el ejemplo de Rusia, donde la pena de muerte se prodiga más que en Estado alguno.

Entonces, ¿habrá de continuar el sistema capitalista tal como está plasmado en los Códigos civiles y de comercio?

Indudablemente, no. El Derecho privado en dichos Códigos estatuido, es en esencia el romano, que al fin nació del Derecho quiritorio, derecho de una clase de ciudadanos privilegiados, los quirites o ciudadanos romanos, que predominaban sobre las gentes que sucesiva-

mente se iban incorporando a Roma; era, por tanto, este derecho dominador y de conquista, aunque luego se suavizase, y sólo su maravillosa construcción, que le ha merecido el nombre de la razón escrita, explica que se haya mantenido hasta ahora, después que el cristianismo aportó una concepción de la sociedad y fraternidad humanas, tan distinta de la que tenían los romanos, para los que los esclavos eran cosas susceptibles del mismo dominio que los demás bienes.

Hay, pues, que inyectar más sustancia cristiana en el Derecho. Hay que limitar en el sujeto del derecho las facultades y añadirle deberes.

Existen, indudablemente, gentes de misera condición en la moderna sociedad, y, sin embargo, desde el momento que el hombre nace tiene el derecho de desarrollarse física, moral e intelectualmente, y la sociedad no puede desentenderse de él y abandonarlo a una dura lucha por la existencia, en la que puede perecer. El derecho de propiedad no puede tener por fin crear unos pocos afortunados y muchos que apenas puedan subvenir a sus necesidades. Las riquezas son para bien de la Humanidad, y si se reconoce el principio de la propiedad privada, es porque es la base del progreso, pero no para bien exclusivo del propietario, sino también de los demás.

La misión del Estado es procurar el bien común, el de todos los ciudadanos; por eso define Santo Tomás la ley como ordenación de la razón al bien común; luego el Derecho en general y, por tanto, el de propiedad, estará dirigido a lograr ese bien común. Ahora bien: cuando el bien de un individuo, o de varios, se hace incompatible con el bien común, evidentemente éste ha de prevalecer, y por lo mismo que la propiedad es un derecho que mira a la vida y desenvolvimiento de la personalidad, el Estado ha de procurar que su acumulación en unos no impida el que otros muchos la adquieran, teniendo en cuenta que las necesidades primordiales son de rango preferente a las superfluas. En un antiquísimo libro, el más importante de China, el de Chu-King (libro de los recuerdos), se leen estas notables palabras: "Por la voluntad del pueblo existe un rey, príncipe y gobernador. Estos no deben agraviar ni perjudicar, sino que deben cuidar de los pobres, y proteger a las viudas, los huérfanos y las doncellas sin defensa. Todos deben ajustarse a los principios de la razón y todos deben tener lo necesario conforme a su estado."

El bien común que el Estado ha de procurar no consiste, sin embargo, en conseguir una sociedad que funcione como una máquina,

absorbiendo a los individuos y anulando su independencia, sino que debe buscar el mayor bien individual posible para todos, porque el hombre es anterior a la sociedad (1).

Donoso Cortés decía, y otros sostienen también, que las concesiones económicas no desarman la lucha de clases, y por eso hay que aplicar medios religiosos y morales; sin embargo, hay que considerar que aun cuando fueran inútiles para la paz social, las mejoras económicas deben concederse si son justas.

Yo sostengo que no son inútiles para la paz social, pero considero que, en efecto, son antes las medidas de orden moral y religioso, porque la ambición humana es insaciable. Ricos en todos los dones que caben en la criatura hizo Dios a los ángeles, y muchos de ellos, por querer más, por pretender ser tanto como Dios, se rebelaron contra El y pecaron. Ricos también en dones y colocados en la abundancia del Paraíso, libres del dolor y de la muerte, puso a nuestros primeros padres, y por hacer caso a la serpiente, que les prometía ser como dioses, esto es, por querer ser más, también pecaron. Ricos en bienes de la tierra ha habido poderosos magnates, y por querer ser reyes, por querer ser más, llegaron al crimen, al asesinato, habiendo períodos de la Historia, como el Imperio romano y la monarquía goda, en que se alzaban sobre el trono los reyes y emperadores sobre el cadáver caliente de su predecesor, por ellos mismos sacrificado. Así, hoy la serpiente del comunismo se presenta a las masas obreras y les promete hacerlas dueñas de todo con la dictadura del proletariado.

Por eso el cimiento de toda mejora social debe ser la práctica de la religión católica por los de arriba y los de abajo.

Hay que restringir la libertad de propaganda y de emisión del pensamiento, que los régímenes democráticos creían intangible, para que con esta restricción se impida la extensión de ideas disolventes, que primero corrompen las conciencias y extravían las inteligencias y más tarde encienden la tea de los incendiarios y arman el brazo de los asesinos.

¡Cuántos políticos y juristas del siglo pasado y de principios del actual creían un atraso oscurantista de la Santa Sede la condena que ésta fulminaba contra el liberalismo desde las columnas del *Syllabus*! Hoy el liberalismo está en franca decadencia, aun entre personas y Estados no católicos, y no sólo Estados burgueses, como las dictaduras y Es-

(1) Véase Balmes.

tados totalitarios, sino el único Estado proletario, Rusia, es precisamente el más enemigo de la libertad, aquella dorada libertad para cuya conquista se hizo correr tanta sangre del pueblo, a la que la ingenuidad norteamericana levantó la gigantesca estatua que se contempla a la entrada del puerto de Nueva York.

¿Cómo puede concebirse que exista libertad para el mal? Ciento que podría contra esto argumentarse: Y ¿quién es un hombre ni varios para fijar los principios que determinen o sirvan para distinguir lo que es bueno y lo que es malo? Lo que hoy diga un dictador, mañana puede otro derogarlo; lo que hoy afirma una mayoría parlamentaria, mañana puede otra mayoría negar. Es verdad; por eso hay que poner un origen más alto para el poder, que señale de modo inmutable los principios que distingan el mal del bien; este poder tiene que estar sobre los hombres; este poder es Dios, que, además de haber esculpido su ley en la conciencia de los hombres, les ha promulgado sus mandamientos entre las nubes del Sinaí, y mandó a su hijo, Jesucristo, para confirmarlos y completarlos.

Sin este fundamento el problema no tiene solución, y los enormes males que al presente sufren los pueblos y la inmensa confusión de las doctrinas filosóficas y políticas vienen de haber querido prescindir de este fundamento; vienen de haber querido ignorar a Dios.

Con este fundamento queda prevenido, tanto el abuso de la libertad (pues no puede haberla para lo que Dios prohíbe) como el abuso del poder, que también debe ejercerse con arreglo a la ley de Dios y no debe gobernar ni legislar contra la justicia, que emana de su divina ley.

Hechas estas consideraciones, insisto en que las mejoras económicas en favor del necesitado, además de servir a la justicia, contribuyen a amortiguar la violencia de las luchas sociales; ellas explican la resistencia de la sociedad francesa contra el virus comunista, a pesar del desenfreno religioso, moral y de libertinaje, de propagandas disolventes que, por desgracia, sufre este país. Sobre todo, la transformación de un obrero en propietario o la de un arrendatario cambia, en la mayor parte de los casos, su mentalidad, desproletarizándola.

Considero los más importantes aspectos del problema estudiado, el de trabajo propiamente dicho, o sea el que afecta al que presta por cuenta ajena su trabajo, y el que se refiere a la propiedad de los bienes materiales, especialmente de la tierra.

Respecto al primer punto, hemos de sentar el principio capital de

que antes que el problema de la distribución está el de la producción; si ésta es deficiente, en vano nos afanaremos por aumentar el bienestar social; si no hay productos bastantes para todos, no podremos conseguir que la miseria desaparezca. Por ello, lo primero es fomentar la producción agrícola e industrial, procurando, eso sí, que a la par, mediante la adecuación de los salarios y absorción del paro con las obras que haga falta para ello emprender, se aumente la capacidad adquisitiva de las clases modestas, mejorando así su nivel de vida y al mismo tiempo evitando crear mercancías que carezcan de comprador, lo que trae consigo crisis industriales.

Los puntos del programa de Falange Española Tradicionalista y de las J. O. N. S. contienen insuperables directrices para la solución del aspecto económico del problema social. Pero especialmente el Fuero del Trabajo, obra cumbre en la historia de la legislación social, agota de manera tan magnífica la materia, que nada puede añadirse a él, ni puede encontrarse más feliz expresión de los principios progresivos y cristianos de una bien orientada política social.

Consta el Fuero del Trabajo de 16 declaraciones, subdivididas varias de ellas en párrafos numerados. La primera, en los ocho números que comprende, desenvuelve la dignificación moral del trabajo; de la II a la XVI establecen los principios de legislación social que han de desarrollarse (algunos ya han empezado a serlo) por la legislación del nuevo Estado. De ellas, de la II a la X se refieren a la mejora social del trabajador para elevar su nivel de vida familiar y librarse de los riesgos profesionales, y las seis últimas declaraciones se encaminan al fomento y defensa de la producción; la última de ellas en el aspecto internacional.

En cuanto al segundo aspecto del problema social a que nos hemos referido, o sea la distribución de la propiedad del suelo, expondremos algunas consideraciones que legitiman la intervención del Estado para procurar hacer el mayor número posible de propietarios y proteger a los cultivadores directos, a fin de que, en lo posible, no existan el absentismo ni el latifundio.

Hay quienes consideran toda intervención del Estado en régimen de la propiedad poco menos que como una herejía, y está muy lejos de ser así. En la legislación, que por inspiración divina dictó Moisés al pueblo hebreo, se hallaba establecido un reparto de las tierras cada cuarenta y nueve años y un perdón de las deudas cada siete, y la doctrina de los

Santos Padres y la de los grandes teólogos de la Edad Media y principios de la Moderna, como Santo Tomás y los Padres Vitoria, Suárez, el filósofo Luis Vives, etc., establece que la propiedad privada es de derecho positivo, aconsejable como más compatible con las pasiones e inclinaciones humanas, pero no ilimitada ni de derecho natural; así, por ejemplo, dice el Padre Vitoria: "Cuanta sea la facultad de un hombre para disponer de sus cosas, tanta será la facultad del Estado para servirse de ellas, en provecho del bien común de la sociedad, si existiera causa justificada que lo reclamara.

"Por tanto, el rey o el que encarne en sí la autoridad de la sociedad, puede legítimamente, habiendo causa justa, disponer de los bienes de un ciudadano en provecho de otro y trasladar a éste su dominio aun cuando sea contra la voluntad del poseedor.

"Es lícito que el hombre posea como propios los bienes con facultad de procurárselos y de negociar con ellos. Pero nadie tiene derecho a ser propietario en tal grado que no esté obligado algunas veces a dar a otros de sus riquezas. Es decir, que las riquezas han de ser comunes, en el sentido de que hay que cubrir con ellas las necesidades de otros miembros de la sociedad.

"Y en caso de necesidad extrema, cualquiera puede apoderarse de bienes de otro, si no pudiera de otro modo poner remedio."

Otros teólogos exponen, de modo menos rotundo, esta doctrina; pero siempre, y esto se halla contenido en las encíclicas del Pontífice actual, queda a salvo el derecho del Poder público a intervenir, por razón del bien común, en el régimen de la propiedad, expropiándola cuando sea necesario, indemnizando al expropiado.

De los argumentos expuestos en defensa de la propiedad privada me parecen los más convincentes los siguientes:

1.º Es estímulo del esfuerzo y del ingenio y, por tanto, del progreso.

2.º Favorece la conservación y buen uso de las cosas y bienes de todas clases (lo que beneficia a la sociedad en general), pues las cosas propias se cuidan mejor que las que no lo son.

3.º Satisface la inclinación natural del hombre a poseer individualmente las cosas, inclinación bien manifiesta desde niño.

4.º Es garantía de independencia y legítima libertad, pues poner la riqueza en manos del Estado convierte en esclavos a los ciudadanos.

5.º Es el mejor modo de conseguir, sin favoritismos, que reine el

principio de justicia que ordena que la buena conducta, la aplicación y el ahorro tengan su recompensa frente al desorden, la pereza y el vicio.

6.º La propiedad hace al hombre más temeroso para delinquir; como vulgarmente se dice, más fácilmente se arriesga a cometer delitos el que nada tiene que perder.

Mas, examinados estos argumentos, ellos mismos aconsejan la conveniencia de que haya el mayor número posible de propietarios.

El Fuero del Trabajo se ocupa de la propiedad, especialmente en su declaración XII. El párrafo primero de la misma reconoce la propiedad privada, subordinándola al interés supremo de la Nación, cuyo intérprete es el Estado. El párrafo número 2 dice que el Estado asume la tarea de multiplicar y hacer asequible a todos los españoles las formas de propiedad, ligadas especialmente a la persona humana: el hogar familiar, la heredad de tierra y los instrumentos o bienes de trabajo para uso cotidiano. Y en el número 3 se refiere al patrimonio familiar.

Vemos, pues, recogida en dicha disposición legal la doctrina que acabamos de exponer y que creemos fundamentada en las modestas reflexiones que anteceden.

GREGORIO TREVIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Nota acerca del nuevo Derecho social español

Suscita en el espíritu de los juristas ciertas reflexiones el rumbo que toma en nuestros días el Derecho social español, de conformidad con los principios aceptados en este orden por el nuevo Estado, elevando el trabajo a un plano de suprema dignidad moral y social, e intensificando su acción en él.

Transcribamos a este respecto algunas declaraciones formuladas por nuestro Fuero del Trabajo, de 10 de marzo de 1938:

“El trabajo es la participación del hombre en la producción, mediante el ejercicio, voluntariamente prestado, de sus facultades intelectuales y manuales, según la personal vocación en orden al decoro y holgura de su vida y al mejor desarrollo de la economía nacional” (I, 1).

“Por ser esencialmente personal y humano el trabajo, no puede reducirse a un concepto material de mercancía, ni ser objeto de transacción incompatible con la dignidad personal de quien lo presta” (I, 2).

“El Estado valora y exalta al trabajo, fecunda expresión del espíritu creador del hombre, y, en tal sentido, lo protegerá con la fuerza de la ley, otorgándole las máximas consideraciones y haciéndolo compatible con el cumplimiento de los demás fines individuales, familiares y sociales” (I, 4).

“El trabajo constituye uno de los más nobles atributos de jerarquía y honor” (I, 6).

Y, consiguientemente, el Estado español define su papel en este orden:

“El Estado se compromete a ejercer una acción constante y eficaz en defensa del trabajador, su vida y su trabajo” (II, 1).

“El Estado fijará bases para la regulación del trabajo, con sujeción

a las cuales se establecerán las relaciones entre los trabajadores y las Empresas" (III, 4).

Observemos también que el Decreto de 13 de mayo de 1938, en su artículo 4.º, determina que: "Las funciones de los Jurados mixtos relativas a la regulación de las condiciones generales del trabajo, que se susciten en aplicación de las leyes, bases, reglamentos o contratos de trabajo, pasarán a ser de la competencia de los Delegados de trabajo, quienes las ejercerán en la forma que en su día se establezca."

De conformidad con esta doctrina y estos preceptos, hanse dictado por el Poder público importantísimos reglamentos de trabajo, afectantes a industrias y Empresas de gran importancia. Tales son: el referente a la industria siderometalúrgica, de 11 de noviembre de 1938; el de la industria hotelera, cafés, bares y similares, de 1 de mayo de 1939; el de la industria conservera, de 17 de julio de 1939, y el de la Banca, de 20 de diciembre del propio año. En cierto modo, es también digna de mención a este respecto la ley de 13 de julio de 1940, sobre pago del salario en domingo.

Y, en presencia de estos principios y de estas aplicaciones, cabría preguntar: ¿Qué es ahora el Derecho social español? ¿Derecho privado? ¿Derecho semipúblico? ¿Derecho público? Porque hay que tener presente que el orden del trabajo es un orden móvil, flúido, que a compás de las circunstancias y de los tiempos puede y suele cambiar de naturaleza. Los intereses económicos, sociales y hasta humanos, en juego en dicho orden, tan pronto se les puede conceptualizar intereses individuales o privados como intereses colectivos, y el Derecho a ellos aplicable tendrá que experimentar, por necesidades de adaptación, los ajustes que aquella diversa conceptualización reclame.

* * *

En su evolución histórica, tres son las etapas ya recorridas por el Derecho social en ciertos países, o todavía llamadas a recorrer en otros: la del contrato individual, la del convenio colectivo y la de la reglamentación legislativa. No quiere esto decir que estas etapas estén separadas por cortes tajantes, de tal suerte que el sistema que caracteriza a una excluya todo otro. Al contrario, obsérvase corrientemente en aquéllas coexistencia de sistemas en ciertos extremos, si bien con el predominio más o menos acusado de uno de ellos.

Así, por ejemplo, el régimen de las limitaciones impuestas por la ley a la libertad de las partes en el contrato de trabajo constituye un caso de cierta coexistencia del sistema del contrato individual con el de la reglamentación legislativa. Precisamente con esta característica nació el Derecho social.

La era del contrato individual corresponde a toda aquella gran época en que el orden del trabajo estimábase como un orden privado, abandonado en su reglamentación a las normas generales del Derecho civil. En esta etapa el trabajo no es otra cosa que un esfuerzo que se arrienda, una actividad, preferentemente manual, que por un precio se pone a disposición de otro. El trabajo es el objeto de un contrato: el de arrendamiento de servicios. Y el trabajo desciende en este sistema a la humillante condición de una mercancía que, como cualquiera otra, sube o baja, según la ley de la oferta y la demanda.

Claro es que ya en esta época dibújanse corrientes detractoras de esta estimación, que cristalizan en una intervención del Poder público, encaminada a la dignificación del trabajo y a la defensa del trabajador. Entonces se inicia la legislación del trabajo, mediante la cual pretende realizar el Estado esta dignificación y esta defensa, estableciendo ciertas instituciones que jurídicamente significan limitaciones impuestas a la libertad de las partes en el contrato de trabajo. Tales fueron, entre otras, la institución del descanso semanal, y la de la jornada de trabajo, y la reglamentación del trabajo de mujeres y niños. Las partes, en el contrato de trabajo, podían acordar todo cuanto estimasen procedente, con tal que no contravinieran a lo prescrito en la legislación concerniente a aquellas instituciones, legislación dictada precisamente en favor de la parte más débil.

En toda esta época, el régimen del contrato predomina, y, por consiguiente, el Derecho social es un mero Derecho privado. Las prescripciones que establece no tienen originariamente otro alcance que el de meras reglas de orden público, que se agregan a las clásicas del Derecho civil, sin hacer perder al Derecho del trabajo su significación castiza de Derecho privado sometido al régimen del contrato. El Estado no sustituye al individuo, ni la ley al contrato. El régimen del contrato prevalece, salvo excepciones, en el orden del trabajo.

Con el rodar de los tiempos, el Derecho social penetra en una nueva fase, que la hace posible el movimiento sindical. Esta fase es la de la reglamentación convencional. El trabajador se resiste a contratar aislada-

mente con el patrono. Sabe que así sucumbe, porque no está en situación de discutir ni de esperar, y tiene forzosamente que pasar por lo que decida la otra parte. La acción del Estado no es todavía, en este orden, demasiado enérgica. Entonces surge el régimen de los pactos colectivos, en los que las partes se sitúan en condiciones de igualdad real, esquivándose toda situación de predominio por cualquiera de ellas. No son los operarios, sino sus sindicatos, los que contratan a nombre de todos sus afiliados, y en muchas ocasiones incluso de aquellas gentes del oficio extrañas a ellos.

En esta segunda etapa aparece ya el régimen de la reglamentación, sólo que no legislativa, sino convencional. El pacto colectivo es una ley, pero no producida por un órgano estatal, sino por los propios interesados, agrupados en sindicatos. No es ley formal, sino ley sustancial. Lo que surge del pacto es un reglamento; el del trabajo en la respectiva profesión.

La etapa de la reglamentación convencional del trabajo responde todavía a las exigencias propias de un Estado liberal. Es éste un Estado de partidos y de clases, de fuerzas internas en contrastes y oposición: Estado desintegrado, en el que campean, desatados, los diversos intereses individuales y sociales, y en el que la producción, en todas sus manifestaciones y elementos, se abandona al libre juego de la iniciativa y de la libertad personal. Es un Estado de Estados, porque así pueden conceptuarse los distintos núcleos y fuerzas organizadas que obran dentro de él, al margen o en burla de su autoridad. El orden del trabajo es todavía en este Estado un orden preferentemente personal, y por eso se encomienda a los propios interesados, agrupados en sindicatos peculiares, la misión de regularlo. Al Poder público sólo toca realizar la política social, amplia, generosa; pero ni puede ni debe—so pena de excederse en su función—inmiscuirse en un círculo de intereses y de asuntos privativos del particular.

Pero, recientemente, la fase convencional del Derecho social cede paso a la de la reglamentación legislativa. El Derecho del trabajo no brota ya del pacto, sino de la ley. La ley sustituye al convenio colectivo, como éste sustituyó antaño al contrato individual.

Varias son las causas productoras de este acontecimiento.

Es una la derivada de exigencias propias de un Estado totalitario. El Estado totalitario es un Estado de integración, un Estado que coordina los distintos intereses y fuerzas que se agitan en su seno, subordi-

nándolos, al propio tiempo, al interés público, que él representa y defiende. No son lícitas en este Estado luchas que determinen una situación anárquica. Toda acción directa debe proscribirse. Los antagonismos y contrastes deben ser resueltos por una acción suprema, que se sobreponga a todo, resolviendo toda suerte de diferencias y armonizando los intereses en juego. No es admisible en un Estado de esta naturaleza la existencia de clases en pugna que en la realidad decidan los pleitos relativos al trabajo y resuelvan sobre sus condiciones, más por un acto de imposición que por un acuerdo. Es el Estado el llamado a tomar cartas en el asunto.

Por otra parte, el trabajo es, en esta concepción, un orden de interés social considerable, que trasciende del mero interés de las partes en causa. Dicho orden afecta preferentemente al modo de vivir de la clase más numerosa de la sociedad, asunto de capital importancia para la colectividad social y para el Estado. Frente a él no puede adoptar el Estado una actitud pasiva. La misión ética del Estado actual le impone el deber de intervenir en este orden, realizando una función tutelar cerca de las clases desheredadas, acercándolas todo lo posible, según fórmula del Congreso de Eisenach, al nivel de vida de las clases acomodadas. Y la reglamentación del trabajo es el medio más eficaz y activo de cumplir esta misión tutelar.

No hay que olvidar, por lo demás, que las condiciones del trabajo forman parte integrante del régimen más general de la producción y, consiguientemente, de la economía pública, siendo a manera de su piedra angular, e interés público tan considerable no puede quedar al margen de la actividad del Estado y abandonado enteramente al libre juego de las fuerzas egoísticas de individuos y de clases (1).

Finalmente, la evolución recientemente experimentada por el régimen corporativo en ciertos países totalitarios no sólo justifica, sino que incluso impone plenamente el sistema de la reglamentación legislativa del trabajo. Al dualismo corporativo—de la Ley italiana de 3 de abril de 1926 y del Decreto-ley español de 26 de noviembre de 1926—ha sucedido el monismo corporativo, en que desaparece toda sindicación profesional clasista, y en el que trabajo y capital aparecen agrupados en

(1) Así, nuestro Fuero del Trabajo expresa que "el trabajo es la *participación del hombre en la producción* mediante el ejercicio, voluntariamente prestado, de sus facultades intelectuales y manuales, según la personal vocación en orden al decoro y holgura de su vida y al mejor desarrollo de la economía nacional" (I, 1).

un organismo general, que representa y rige todo un orden o ciclo de la producción. Ya no hay sindicatos peculiares, y mal puede hablarse, por consiguiente, de pactos colectivos y de reglamentación convencional. Por imperio de las circunstancias, el contrato tiene que ser sustituido por la ley.

* * *

El régimen de la reglamentación legislativa del trabajo está formalmente establecido en nuestro Fuero del Trabajo, de 10 de marzo de 1938 (III, 4.º), que proscribe los convenios colectivos y encomienda al Estado la función reguladora del trabajo. Esta función la realiza unas veces el Ministerio; otras, la Delegación de trabajo. Y ya hemos señalado las principales manifestaciones del sistema adoptado por el Fuero. Lo son: el Reglamento regulador de la industria siderometalúrgica, de 11 de noviembre de 1938; el de la industria hotelera, cafés, bares y similares, de 1 de mayo de 1939; el de la industria conservera, de 17 de julio de 1939, y el de la Banca, de 20 de diciembre del propio año.

Es nota común a todas estas disposiciones la conceptuación del trabajo, no como una actividad que se contrata, sino como una expresión augusta de la dignidad humana, sustraída, como tal, al comercio de las gentes y a las leyes de la economía (1).

También domina en todos estos reglamentos la idea del trabajo como función social, de interés público considerable, que, naturalmente, le aparta de la órbita del Derecho privado, entronizándole en la del Derecho público. El trabajo es, según estas disposiciones, una institución económicosocial regulada por la colectividad, personificada en el Estado.

El carácter institucional de nuestro Derecho social reflejanlo numerosas prescripciones de estos reglamentos, que reducen sobremanera el área de la autonomía y de la voluntad. Tales son las que clasifican a los trabajadores, y definen y detallan sus funciones respectivas, y señalan, a veces con determinaciones inderogables, la cuantía y forma de los salarios, y la duración de la jornada, y regulan el aprendizaje, declarándolo obligatorio en ciertos casos, y determinan los conocimientos y aptitudes que debe poseer el personal de cada clase, y hasta prescriben la

(1) Así dice la orden de 7 de junio de 1940, relativa a la industria textil: "Considerando el trabajo en el concepto espiritual que el Fuero le asigna y desterrando el salario como simple pago del esfuerzo físico, que se mide sólo por unidades de tiempo..."

obligación que tiene toda Empresa de dictar un reglamento interior, aprobado por el Delegado de trabajo. Es todo un Derecho con carácter público muy acentuado.

¿Quiere esto decir que estos reglamentos sean puro Derecho institucional, en los que no queda ningún margen a la autonomía de la voluntad?

No tanto. En la mayoría de ellos únicamente se fija la cuantía mínima de los salarios, permitiéndose, por consiguiente, una elevación por acuerdo de las partes. El aprendizaje ha de regularse por contratos, en los que se deja una cierta amplitud a las partes contratantes. El trabajo a destajo o en domingo es susceptible de establecerse por convenio. En estos pormenores, y en otros más, la ley cede paso al contrato, y el Derecho público, al Derecho privado (1).

* * *

De la modalidad adoptada recientemente por el Derecho del trabajo en nuestra patria resalta claramente el carácter de Derecho público que toma nuestro Derecho social, cerrando de esta manera el ciclo de su evolución. Y es Derecho público por lo siguiente:

a) Porque los intereses que somete a su protección, sin perder su nota tradicional de intereses privados, han visto realzado de modo extraordinario su carácter social, en virtud de la corriente socializadora de la vida moderna. Cada día más se acentúa la índole pública de estos intereses, tan ligados, por el imperio de diversas circunstancias, con el orden de la producción, con la situación, preferentemente económica, de una clase social, y aun con la dignidad de la personalidad humana. De este modo, la determinación de los salarios, la de la jornada, la reglamentación del trabajo de las mujeres y niños, el régimen de vacaciones y descansos, antaño materia de contrato, han pasado en nuestros días a ser verdaderas instituciones públicas, organizadas en tutela de importantes intereses sociales.

b) Es también el Derecho social un Derecho público, con el carácter reglamentario que, cada día más, adopta. Las menguadas reglas de

(1) Observa Y. Serrano que aunque el Fuero del Trabajo rehusa hablar del contrato de trabajo, no quiere esto decir que él desaparezca de las relaciones del trabajo, en las que siempre quedará un amplio ámbito reservado al dominio de la autonomía de la voluntad. (*El Fuero del Trabajo*. Valladolid, 1939, pág. 29.)

orden público, como el Derecho social naciera, se han transformado, en nuestro tiempo, en todo un vasto sistema de normas, mediante las cuales se disciplina el orden del trabajo, erigido por el Estado en verdadera institución sometida al imperio de la ley.

c) Lo es también por el carácter de Derecho impositivo, que adorna hoy día al Derecho social, Derecho que considera al Estado en un plano superior al que el individuo ocupa, y cuyas decisiones se imponen al particular, ya doblegando su voluntad, ya obligándola a someterse al sistema general de la reglamentación (1).

Empero, aun con ser ya preferentemente un Derecho público, queda mucho todavía, en el Derecho social, de Derecho privado. No agota el Derecho institucional la materia concerniente a la reglamentación del trabajo. Hace destacar, en este orden, las condiciones que tienen muy pronunciadamente un interés colectivo, sometiéndolas a su cuidado; pero prescinde de otras muchas, que las abandona a la voluntad de las partes. La ley impera, pero no anula al contrato. Por lo que no es aventurado expresar que si el Derecho social nació siendo un mero Derecho excepcional del Derecho privado, y más adelante fué un Derecho semipúblico, mezcla de uno y de otro, en la actualidad es ya un Derecho público, aunque con fuertes resabios de Derecho privado. No en vano es el Derecho privado su progenitor, del cual se ha emancipado, mas sin perder ciertas características propias del tronco jurídico de que nació.

CARLOS GARCÍA OVIEDO.

Catedrático de la Universidad de Sevilla.

(1) Mossa no cree que la corriente social que, cada día más, penetra en el Derecho del trabajo, sea suficiente para cambiar su naturaleza originaria de Derecho privado, pues esta corriente también invade actualmente el orden de la familia y de la propiedad, sin hacer perder a estas instituciones su carácter de instituciones de Derecho privado. (*Il Diritto del lavoro*, Pisa, 1925, pag. 9.)

Por el contrario, estima que el Derecho del trabajo es un derecho enteramente público Vassalli. (*Rivista di Diritto Commerciale*, 1919, págs. 1 y sigs.)

La idea de que el Derecho obrero es un derecho semipúblico se halla muy extendida en Alemania. (Vd. Platow: *Betriebsratgesetz Kommentar*, 1917, págs. 16-18.)

Otorgamientos sucesivos

Nos sugiere la siguiente exposición, la lectura de los acuerdos que la Asamblea de Juntas Directivas de los Ilustres Colegios Notariales de España, celebrada en Madrid en el mes de junio último, publicó como adoptados por la misma. Entre esos acuerdos, y como proyecto o aspiración a solicitar para su conversión en legalidad, figura el que lleva el número 25 y dice: "La coincidencia de voluntades de los otorgantes en los contratos podrá hacerse constar en diligencias sucesivas, incluso de fecha distinta, en la misma matriz."

En extremo procedente nos parece se aspire a lo que el enunciado expone. Pero a nuestro juicio, corroborado por alguna práctica observada, si bien poco frecuente, tiene esto ya realidad en la función notarial, y realidad que la legislación actual autoriza. Indudablemente será por la rareza de esa práctica por lo que se busca un pronunciamiento inequívoco por la docta Asamblea. Puede ocasionarnos alguna duda la forma como se haya de hacer constar la aceptación cuando no tiene lugar en el mismo acto que la oferta. ¿Bastará la simple diligencia que en el acuerdo se preconiza? Por el contrario, ¿se precisa nueva escritura con todo su formato?

Sobre esta posibilidad legal actual y su forma adecuada discurriremos brevemente.

Sabido es que en la trilogía de elementos necesarios para la existencia perfecta de los contratos es el consentimiento el que actúa, como más destacado, de vértice del que emergen las proyecciones sobre el objeto y la causa a los que sirve de aglutinante. Este consentimiento, que en los contratos unilaterales es expresión de un solo querer, es en los sinalagmáticos un concurso de voluntades. Así lo expresa el art. 1.262 de nuestro Código Civil, al decir: que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación. En esto resulta el nuestro más pre-

ciso que algún otro Código extranjero, el francés, por ejemplo, que en su art. 1.108, para la formación del contrato en orden al consentimiento, únicamente exige el de la parte obligada. Claro que, bien visto, entre uno y otro no hay disparidad, y si sólo una subalterna cuestión de interpretación lógica, o si se quiere gramatical, pues se presupone que la otra parte, al proponer, ya consintió.

Si bien lo más usual, y particularmente en la contratación inmobiliaria, es que tal concurso de voluntades se produzca simultáneamente o sin trato de tiempo, por la presencia directa o delegada en el mismo lugar y momento de las partes contratantes, sin embargo, evoluciones del progreso, con las facilidades de comunicaciones, de un lado; combinaciones publicitarias, por otro, que al propio tiempo hacen actuar con mayor amplitud a la ley económica de la oferta y la demanda; a veces, imposibilidad o dificultad de establecer el contacto preciso para una manifestación simultánea del consentimiento; otras, el simple propósito liberal de favorecer con una opción a determinada persona, mediante una oferta con designación de futuro o único aceptante, etc., etc., hacen posibles y necesarios los consentimientos sucesivos o no simultáneos, por mediar un lapso de tiempo entre la policitación y la aceptación. A tal efecto se utiliza el correo, el telégrafo, el teléfono, la Prensa y aun la radio, más propiamente esta última, para la proposición, no habiendo inconveniente en utilizarla también para la aceptación, con un buen control que garantice con autenticidad la certeza de la misma y el momento exacto en que se produjo. Esta aceptación, no simultánea con la policitación, se autoriza por el párrafo 2.º del ya citado art. 1.262 del C. C., si bien, y ello armoniza con la época en que fué redactado. sólo se alude en el mismo a la aceptación hecha por correo.

Múltiples cuestiones y subcuestiones han surgido con motivo de esta contratación entre ausentes, o en tiempos diferentes. La de si la aceptación ha de ser expresa y terminante, o inducida por ciertos actos. e incluso por el silencio; si el oferente queda obligado en el momento de la aceptación o emisión, o está libre hasta el de la recepción o cognición, por cuyo momento se inclina nuestro Código; tiempo por el que puede estar la oferta abierta, su revocabilidad total, o alteración; y otras varias, suficientemente debatidas y aquilatadas por los civilistas, y las que, tanto por no ser preciso exponer aquí, aunque alguna de ellas será después aludida, así como en obligado reconocimiento a la cultura de los lectores de REVISTA CRÍTICA, pasamos por alto.

Pero siendo de evidencia, por nadie contradicha, la legalidad de esta contratación completada en tiempos distintos, se nos ocurre preguntar: ¿Por qué no se practica con mayor frecuencia en el comercio inmobiliario, haciendo con ella innecesaria la contratación por mandato, o suprimiendo con la misma, otras molestias y gastos? Y también, ¿qué se quiso expresar en el acuerdo de la Asamblea que hemos copiado, con las palabras: "incluso de fecha distinta...?" ¿Acaso que hoy no se pueda expresar en instrumento público la coincidencia de voluntades en fecha distinta? No lo creemos.

Es posible que, dado el sistema espiritualista, con característica rai-gambre histórica, que sirve de norma a nuestra contratación, y por el cual las obligaciones surgen y adquieren vida y perfección los contratos, salvo en contadas excepciones, con la simple concurrencia de los tres elementos esenciales de los mismos, y, de éstos, el consentimiento manifestando con absoluta y omnímoda libertad, se arguya que toda la teoría anteriormente expuesta dice relación únicamente al contrato, pero no al instrumento en el que accidentalmente y como requisito de forma o elemento de prueba pueda encerrarse dicho contrato. En efecto: reconocemos que el contrato nace en cualquier sitio, y no es el arroyo quizá el menos frecuente. Al estudio notarial se lleva generalmente al recién nacido al solo fin de vestirlo, quizá al de confirmarlo, o al de iniciar su presentación en sociedad. Así lo establece el art. 1.278 del C. C., y en el siguiente se reafirma el principio. También reconocemos que el artículo 1.262, como es natural, no hace alusión alguna al instrumento, o más concretamente, a la escritura pública, sino sólo al contrato. Más aún: ni en el capítulo 2.º del título IV del vigente Reglamento Notarial, que se ocupa de la forma de los instrumentos públicos notariales, ni en sus correlativos de los Reglamentos precedentes, incluida la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos, hay nada que expresamente parezca facultar para que en las escrituras se puedan emplear los dos tiempos en los que, como hemos visto, puede causarse un contrato. Por el contrario, la lectura de los arts. 180 y 193, entre otros, del Reglamento Notarial, pudiera aparentemente inclinar a la opinión de que el consentimiento de ambas partes contratantes tendría que emitirse en acto único, ante el Notario y testigos, inmediatamente después de leer la escritura.

Sin embargo, nuestra autoargumentación es más aparente que sólida. Si nuestro sistema de contratación es, generalmente, espiritualista

y libre, en el caso que por ello se elija la escritura pública para la perpetuación del contrato, se confunden de tal modo sustancia y forma, continente y contenido, que con su dualidad forman un ente unitario, con unidad inseparable, por haberlo querido así las partes al utilizar como medio de expresión esta forma escrita y auténtica. Y con más razón se afirma esto cuando se trata de contrato con consentimiento no simultáneo, amparado tanto en su momento inicial, como final por la fe notarial, pues en este caso coincide exactamente el nacimiento perfecto del contrato con esa segunda autorización notarial, y, por tanto, no puede decirse que ya tenía vida anterior al documento que lo manifiesta. Pero si esto lo decimos para aquellas escrituras que sólo tienen carácter de requisito accidental o formal, con más congruencia tendremos que aplicarlo para aquellas otras que ascienden de categoría y pasan a la de elementos sustantivos y creadores. Así, por ejemplo, en el caso del artículo 633 del C. C. para la donación de inmuebles; en el del 1.321 para las capitulaciones matrimoniales; y también, como requisito preparatorio, para la hipótesis del art. 1.875 del mismo cuerpo legal, en cuanto precisa que la hipoteca se inscriba en el Registro de la Propiedad, y para ello se necesita escritura pública. Bien visto, ocurre el otorgamiento a dos tiempos en aquellos casos en los que, como el previsto en el art. 141 de la Ley Hipotecaria, se viene a confirmar lo que sin suficiente facultad delegada se otorgó en nombre de otro, pues es en esta confirmación cuando en realidad se hace la aceptación que antes, por viciada, no existía.

Por consiguiente, sin vacilación, podemos afirmar que la oferta y la aceptación, según nuestra legalidad vigente y sin nueva disposición, se pueden autenticar notarialmente en momentos distintos.

Confesamos, no obstante, que desde que por la Ley de 1 de abril de 1939 se declaró innecesaria para las escrituras públicas referentes a actos intervivos la presencia de testigos en ciertas hipótesis, podemos sostener con mayor desenvoltura la afirmación que acabamos de hacer. Porque ¿no es cierto que si las partes tenían que otorgar y aun firmar, ante los mismos testigos, y no había posibilidad legal de que dos de éstos testificaran de la oferta, y otros dos distintos de la aceptación, ello podía constituir una rémora, y no pequeña, para que notarialmente se hicieran constar esos dos actos, cuando no tenían lugar en el mismo momento o sitio?

Pasamos a ocuparnos de la forma como se ha de hacer constar por

el Notario la aceptación o segunda expresión de la voluntad del consentimiento, cuando se trata de otorgamientos sucesivos. No estimamos necesaria nueva escritura si este segundo otorgamiento ha de tener lugar en la misma Notaría que lo hizo el primer otorgante. Basta una adición a la primera escritura, que así resultará escritura única a dos tiempos. Pero esta adición o diligencia, y no precisamente por su forma o extensión, sino por su contenido, ha de ser de tal clase que casi equivalga a una nueva escritura, de modo que escritura abreviada o comprimida pueda llamársele. No deben saltar en ella las circunstancias personales del aceptante, la fe del conocimiento del mismo, la aseveración de su capacidad, lo relativo a representación, en su caso, la lectura íntegra que de la matriz se le ha hecho, efectividad de precio u otros cumplimientos en los términos exigidos por la matriz, lugar, fecha y firma. Esto, que parece mucho, bien compendiado es poco, y puesto que, lejos de estar prohibido, está prevista la existencia en el protocolo de folios en blanco, se debe procurar dejarlos en estos casos, para no tener que invadir los espacios en blanco de otras matrices.

Así, todas las exigencias formales del actual Reglamento Notarial quedarían cumplidas; y aunque es cierto, como antes dijimos, que nada expresamente faculta para esto en el dicho Reglamento, lo es también que tampoco nada, expresamente, lo desautoriza. Puede servir, además, de apoyo la consideración de que: "El criterio formalista que impone la declaración de nulidad de los actos o de los documentos por infracción de los requisitos formales es arcaico e incompatible con el imperio de la voluntad como norma creadora del Derecho", según adecuada y oficialmente se dijo en la exposición de motivos de la aludida Ley de 1 de abril de 1939.

Esta práctica es de gran comodidad en los casos de uno o pocos vendedores y múltiples, incluso centenares de compradores, como ocurre en las parcelaciones de grandes extensiones de terreno. Generalmente, cuando se aplica constan ya en la matriz los nombres de los que han de aceptar, pues las ofertas sin esas designaciones tienen poca aplicación en el tráfico de inmuebles. También suelen tener la confesión de haber recibido el precio, o procedimiento para justificar haberlo entregado en una cuenta corriente, o indicación de que se deposite en la Notaría, para que no tenga que concurrir de nuevo la otra parte. En cuanto al tiempo que debe mediar entre uno y otro otorgamiento, dicen los civilistas que cuando no está fijado debe ser el indispensable, según las circunstan-

cias, y, en todo caso, añadimos nosotros, se debe procurar la brevedad del intervalo, por si surgieran mutaciones en los supuestos subjetivos u objetivos, los que tal vez hubieran actuado de determinante del motivo o causa del contrato para el oferente.

MANUEL MORALES Y GONZÁLEZ.

Registrador de la Propiedad.

Datos para el estudio de la testamentería de los Reyes Católicos

El estudio del tema que encabeza estas líneas y ha de ser la rúbrica general de una serie de artículos necesita la colaboración entusiasta de varios juristas enamorados de nuestra grandeza histórica. Un solo hombre puede tan sólo iniciar la labor, poniendo a contribución su amor al trabajo y sus desvelos por los estudios históricojurídicos. Mas es al Notariado español al que interesa exhibir los principales instrumentos públicos, redactados por célebres fedatarios de lo que se llama, según frase feliz de Menéndez Pelayo, "Edad de Oro" (y no siglo de oro, porque comprende dos siglos de oro). Al efecto, tenemos la obligación de comentar desde el celeberrimo testamento de Isabel I, la Católica—por muchos manoseado y por poquísimos leído—, hasta el hermoso testamento de Felipe II. En la Edad de Oro española hay actos *mortis causa* notabilísimos. Todos deben guardarse en los archivos generales de protocolos, donde tendrían adecuado marco.

Al iniciar nuestra labor con los testamentos de los Reyes Católicos no obramos por razones de oportunismo, sino como justo homenaje a los monarcas que dieron la famosa pragmática expedida en Alcalá a 7 de junio del año 1503, *por la que se creó el protocolo, tal como hoy existe, atendidos sus requisitos internos*.

"La pragmática entera—dice D. Miguel Fernández Casado (1)— constituyó un cuerpo de legislación relativa a la forma de los instrumentos públicos... Trata de la fecha del original, de la lectura y firma, de la presencia de las partes y testigos, del conocimiento de los otorgantes, del plazo para expedir las copias, de la conservación de los originales, del cotejo de la copia con la matriz, de las primeras y segundas

(1) *Tratado de Notaría*, t. I, pág. 615. Ed. Vda. M. Minuesa. Madrid. 1895.

copias; todo previsto y dispuesto con tal acierto, que después de cuatro siglos subsisten casi íntegramente aquellos preceptos."

Gracias a la citada pragmática, nuestros protocolos, núcleo de los archivos generales de protocolos, donde los mejores historiadores encuentran fuente abundantísima para las más variadas investigaciones. Tenemos en España *archivos de Documentos de Estado* de un valor extraordinario: el de Indias, de Sevilla; el de Simancas; el de la Corona de Aragón, de Barcelona; el Histórico Nacional, del edificio de Bibliotecas de Madrid, en el paseo de Recoletos. Pero los *archivos de instrumentos públicos* creados y conservados por los fedatarios españoles merecen una alta estima. No sólo dejaron estampadas en éstos sus firmas, en contratos y poderes, figuras señeras (véase el General de Protocolos, de Toledo, por ejemplo, con firmas de Cervantes, Domenico Theotocopuli el "Greco", Tirso de Molina, etc.), sino que, además, el *estudio no oficial*, el pueblo en suma, manifestó en los instrumentos de estos protocolos su ardiente fe religiosa, a la cabeza de sus testamentos; su espíritu de ahorro; las figuras jurídicas más diversas a través de sus contratos; tradiciones sociales y cristianas, guardadas como reliquias doradas en esas cajas de pergamino que conservan como el latido de una nacionalidad, creada por Dios para madre de naciones y maestra de razas.

Y con mi gratitud para REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, que ha tenido la amabilidad de invitarme a condensar en unas cuartillas mis investigaciones históricojurídicas sobre los Reyes Católicos, doy por terminada esta pobre introducción, que sale a luz con el cariño y benevolencia de queridos compañeros que me estimularon a aceptar la invitación de la prestigiosa Revista.

I

ANTECEDENTES: CERTIFICADOS DE DEFUNCIÓN Y ÚLTIMAS VOLUNTADES (1)

Certificados en sentido amplio. El lector comprenderá que éstos los hace el autor de estas líneas teniendo en cuenta documentos o la lectura de los libros de los autores de más prestigio de la época de los Reyes Católicos.

Doña Isabel I de Castilla, reina de España, hija de Don Juan II de Castilla y de su segunda esposa Doña Isabel de Portugal, falleció en el castillo de la Mota, de Medina del Campo, a las doce horas del día 26 de noviembre de 1504.

Había nacido en Madrigal (Avila) el día de Jueves Santo, a 22 de abril, cuatro horas y dos tercios de hora después de mediodía, en el año 1451" (2).

Estaba casada al ocurrir su óbito con Don Fernando II de Aragón y V de Castilla, rey de Aragón y de Sicilia, etc., de cuyas nupcias quedaban como herederos tres hijas: Doña Juana, Doña María y Doña Catalina (3). Otorgó testamento.

(1) Bibliografía: La de mis modestas producciones *Estudio crítico del Testamento y del Codicilo de Isabel la Católica. Los cuatro testamentos conocidos del Rey Católico y La hoja de servicios de Don Fernando II de Aragón y V de Castilla en el testamento de Isabel la Católica*; "Estudio de los legados", conferencia en el Ateneo de Zaragoza. Curso reivindicadorio del rey Don Fernando, 9 de diciembre de 1939.

(2) Colección de documentos inéditos: *Croníón de Valladolid*: Diario manuscrito del Dr. Toledo. (Ved el precioso libro de Llanos Torriglia *Así llegó a reinar Isabel la Católica*.)

(3) Hijos de los Reyes Católicos:

Doña Isabel, nacida en Dueñas (Palencia) el 2 de octubre de 1470. Fallece en Zaragoza el 23 de agosto de 1498. Estuvo casada en primeras nupcias con el príncipe Alfonso de Portugal, y en segundas con D. Manuel de Portugal, de cuyo matrimonio nació el malogrado príncipe D. Miguel.

Don Juan: Nace en Sevilla el 30 de junio de 1478. Fallece en Salamanca el 4 de octubre de 1497.

Doña Juana: Nace en Toledo el 6 de noviembre de 1479.

Doña María: Nace en Córdoba el 29 de junio de 1482.

Doña Catalina: Nace en Alcalá de Henares el 15 de diciembre de 1485.

Nos ocuparemos de los descendientes al hablar de la institución de heredero y al

CERTIFICADO DE ÚLTIMA VOLUNTAD

Doña Isabel I de Castilla, reina de España, llamada la Católica, otorgó testamento *cerrado* ante el Notario Gaspar de Gricio, en el castillo de la Mota, de Medina del Campo, el día 12 de octubre de 1504.

Otorgó su codicilo dicha señora, ante igual Fedatario, en igual edificio y ciudad, el día 23 de noviembre de 1504: esposo de la otorgante: Don Fernando de Aragón: hija de Juan y de Isabel, natural de Madrigal (Ávila).

DEFUNCIÓN DE DON FERNANDO DE ARAGÓN

Don Fernando II de Aragón y V de Castilla, hijo de Don Juan II de Aragón y de su segunda esposa Doña Juana Enríquez, hija de Don Fadrique Enríquez, almirante de Castilla, falleció en la Casa de Santa María de los Frailes, del Monasterio de Guadalupe, lugar de Madrigalejo (partido de Trujillo), provincia de Cáceres, "después de media noche, entre una y dos, entrante en miércoles, que se contaron 23 de enero de 1516".

Había nacido en Sos (Zaragoza) en marzo de 1452; era once meses más joven que su esposa la Reina Católica.

Estaba casado el Rey Católico al ocurrir su óbito con Doña Gertrudis de Foix, su segunda esposa, de la que tuvo un hijo, "el príncipe Don Juan, que falleció luego en naciendo"; de su primera esposa Doña Isabel I de Castilla, Reina Católica, tenía como herederos tres hijas: Doña Juana, Doña María y Doña Catalina (1). Otorgó testamento.

tratar de la política internacional de los Reyes Católicos. Entonces será ocasión de hablar, por ejemplo, del príncipe D. Miguel, hijo de Doña Isabel en sus segundas nupcias con D. Manuel de Portugal. Este nieto de los Reyes Católicos falleció en Granada a los pocos meses de nacer. Hubiese unido en sus sienes las coronas de Portugal, Castilla y Aragón.

(1) Ampliando la nota anterior sobre los hijos de los Reyes Católicos, diremos que la hija Doña Juana es la infeliz Doña Juana la Loca, madre que fué de D. Carlos I de España y V de Alemania y de D. Fernando I, también emperador de Alemania.

Doña María fué la segunda esposa de D. Manuel de Portugal, "el Venturoso", y Doña Catalina, casada con Arturo, príncipe de Gales (1501), enviudó sin llegar al año. En 1509 contrajo nuevas nupcias con Enrique VIII de Inglaterra, hermano de Arturo.

CERTIFICADO DE ÚLTIMA VOLUNTAD

Don Fernando II de Aragón y V de Castilla, rey de España, de Sicilia, etc., otorgó cuatro testamentos conocidos:

En Segovia, a 10 de julio de 1494.

En Burgos, a 2 de mayo de 1512, en las casas del Condestable de Castilla.

En Aranda de Duero, a 26 de abril de 1515, en casa de Juan de Acuña.

En Madrigalejo (Cáceres), en la casa de Santa María de los Frailes, del Monasterio de Guadalupe, a martes, 22 de enero de 1516, ante Miguel Velázquez Climente.

El testador era natural de Sos (Zaragoza), hijo de Juan II de Aragón y de Doña Juana Enríquez, viudo de Doña Isabel I la Católica; contrajo segundas nupcias con Doña Germana de Foix, con la que estaba casado al ocurrir su fallecimiento.

Al obtener los datos que preceden estábamos satisfechos. ¡Habíamos conseguido recoger detalles interesantísimos de cuatro testamentos del Rey Católico...! La alegría duró poco, porque Argensola (1) nos dice: El Rey Católico "se dispuso para el examen de su conciencia y para ordenar su última voluntad. Bien que en esto tampoco se halló desapercibido, porque *cada año*, desde que entró en los veinte de edad, hacia testamento y comunicándolo con Miguel Velázquez Climente, su Protonotario, y por sus advertencias le añadía o reformaba, según lo requerían los tiempos y la razón del Estado". Murió a los sesenta y cuatro años el Rey Católico, y según esta aclaración de Argensola otorgó 44 testamentos. Este escritor sólo recuerda como lugar del otorgamiento los de Aranda de Duero, el de Burgos y el último de Madrigalejo. Argensola da la noticia de que a la reunión convocada para preparar el último testamento asisten con el rey, Carvajal, Zapata y Vargas, de su Consejo. A esta reunión "trae el Protonotario todos los testamentos".

Obsérvese que además del Notario citado, Don Fernando de Aragón utilizó los servicios de otro Notario, Phelipe Climente. En cuanto a la existencia de tantos testamentos, véase la cláusula revocatoria del último: "Ya por dichos Notarios nos han sido restituídos ciertos testa-

(1) Argensola: *Anales de Aragón*, pág. 16, 2.^a columna.

mentos cerrados e sellados, de los cuales no les había de quedar nota ni otro traslado alguno, e por Nos han sido *lacerados*."

Argensola añade: "Dieron orden las personas que asistían al rey para que *sin perder tiempo* se rompiese aquel testamento de Burgos. El Protonotario lo hizo así" (1). Razones de Estado se impusieron al ca-riño del testador para su nieto Fernando, criado en España.

Galíndez de Carvajal (2) nos dice: "Y de la confesión resultó que mandó el rey llamar al Licenciado Zapata, e al Dr. Carvajal, sus rela-tores y refendatarios, e de su Consejo de la Cámara e al Licenciado Vargas, su tesorero, todos del Consejo Real, a los cuales en gran secreto dijo encargaba le aconsejaren lo que había de hacer."

Los del Consejo, después de la consulta regia, de la que nos da exacta referencia el Dr. Carvajal, uno de los consultados, "se partieron del rey y fueron a ordenar las dichas cláusulas de su testamento". "E uno de ellos lo escribió todo de su mano, e de aquella minuta se trasladaron a la letra en el dicho testamento...: el mal del rey se agravaba y la escritura no era pequeña." La minuta la escribió el Dr. Carvajal; no lo dice por discreción y modestia, si no diría si fué Zapata o Vargas, dada su minu-ciosidad en relatar lo ocurrido.

"Y martes, en la tarde que se contaron 22 de enero de 1516, otorgó el rey su testamento." No expresa la hora el instrumento público que examinamos, porque entonces no era requisito consignar la hora del otorgamiento; pero Don Fernando testó de dos a cuatro de la tarde "y más tarde recibió el Santísimo Sacramento, y más tarde pidió la unción, la cual le fué dada, y después de medianoche, entre una y dos, entrante en miércoles, que se contaron 23 de enero, pasó de esta presente vida". "Falleció vestido con el hábito de Santo Domingo...; su enfermedad era hidropesía, con mal de corazón." Murió en su sillón, dada su enferme-dad y por el detalle: "Falleció en hábito de Santo Domingo, que se le vistió después de la Extremaunción y se entregó a la meditación de aquel punto, y expiró" (3).

(1) El por qué, ved D. Eduardo Ibarra: *España bajo los Austrias*, cap. I.

(2) *Anales breves del reinado de los Reyes Católicos*. Dormer: *Anales de Aragón*.

(3) Lorenzo Galíndez de Carvajal, obra citada. Diego José Dormer, en *Discursos varios de Historia* y en *Anales de Aragón*.

Doña Isabel había muerto de enfermedad del corazón y dió señales de hidropesía. (Ved Luis Comenge, en *Clínica egregia*, y documentos del Archivo del Monasterio de Guadalupe.)

Hemos seguido punto por punto los últimos instantes del Rey Católico. Hemos visto que el testamento se redactó con evidente precipitación. Su redacción literaria es inferior a la redacción del testamento de la esposa, Doña Isabel I, siendo el de esta señora mucho más extenso y más sazonado.

En conjunto cabe apreciar otros aspectos en el estudio comparado del testamento de Doña Isabel I y del último de su esposo. El de Doña Isabel está muy influído por las doctrinas de los teólogos, sin que se olviden los problemas de Derecho. En el de Don Fernando son los juristas—lo hemos visto—los que aconsejan al monarca y recogen su última voluntad, que luego el rey otorgará. Ya se nota la influencia de los discípulos de Maquiavelo; el interés, la razón de Estado; se ha redactado *El príncipe*, y la vida política toma nuevos rumbos. Más que escrúpulos de conciencia—cuestiones morales—del acto *mortis causa* de Doña Isabel, solución de problemas jurídicos y aun políticos, en el testamento de Don Fernando de Aragón. Esto no quita que en los dos testadores haya una fe recia, de solera eminentemente cristiana. Son los otorgantes nada menos que los Reyes Católicos; los que en la Real Cédula de 26 de junio de 1475 ordenaron que en los *excelentes*—moneda áurea de la época—se grabase “un águila de las que se figuran por San Juan Evangelista” guardando los escudos de la Monarquía; “e las letras han de decir enrededor destos dichos escudos: *Sub umbra alarum tuarum protege nos*”; y los dos monarcas, en la invocación de sus testamentos respectivos, han de recordar piadosamente a la Trinidad.

La Reina, en su testamento, toma por su Abogado defensor ante la justicia de Dios a San Juan Evangelista. “Juan—ha dicho el cardenal Gomá (1)—es el apóstol de la Eucaristía y de la gracia. Es el que ha penetrado más hondo en los misterios de la Trinidad y de la Encarnación. ¡Qué profundas cosas vió y dijo este apóstol! Los secretos de la Historia y los misterios del cielo en su *Apocalipsis...*” Y la Reina Católica, bajo las alas del águila de San Juan, pone los escudos de España, en su deseo de atraer para su Patria todas las bendiciones de Dios.

F. GÓMEZ DE MERCADO.

Notario. Académico correspondiente de la Real Academia de la Historia.

(1) Cardenal Isidro Gomá y Tomás, en *Jesucristo Redentor*, Ed. 1934, pág. 310.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

DERECHO FORAL NAVARRO. El CÓNYUGE SOBREVIVIENTE EN NAVARRA. A QUIEN EN CAPÍTULOS MATRIMONIALES SE LE FACULTÓ EXPRESAMENTE PARA ELEGIR HEREDERO ENTRE LOS HIJOS COMUNES. NO PUEDE HACER A ALGUNO O A ALGUNOS DE ELLOS DONACIONES DE TODOS O PARTE DE LOS INMUEBLES O DERECHOS REALES IMPUESTOS SOBRE LOS MISMOS QUE SEAN GANANCIALES O CONQUISTAS DEL CONSORTE PREMUERTO. Y DIFERIR EL NOMBRAMIENTO DE HEREDERO HASTA EL DÍA QUE ESTIME OPORTUNO.

Resolución de 12 de julio de 1940. (B. O. de 5 de agosto.)

Por escritura otorgada ante el Notario de Lesaca, D. Norberto Iri-goyen, el 28 de abril de 1932, D. Miguel Jorajuria Larrea donó a su hija, doña Cándida Jorajuria y Larrechea, la mitad indivisa de un crédito hipotecario de 11.000 pesetas, impuesto sobre varias fincas radicantes en el distrito de Pamplona, a cargo de doña Modesta Vergara Bereau, que había sido adquirido por el donante durante su matrimonio con doña Saturnina Larrechea, mediante escritura autorizada el 14 de septiembre de 1912 por el Notario que fué de Lesaca D. José Valcarlos.

Regulándose la sociedad económicoconyugal del donante y su finada esposa por el régimen de gananciales o conquistas, según lo convenido en la escritura de Capitulaciones matrimoniales otorgada ante el mismo Notario, Sr. Valcarlos, el 30 de agosto de 1906, en la cual se pactó "que uno de los hijos del matrimonio de doña Saturnina Larrechea con su futuro esposo, D. Miguel Jorajuria, y, en su defecto, de otro legítimo que contriaga, sucederá y heredará en los bienes donados, ca-

pital aportado por el marido y en los gananciales, haciéndose el nombramiento de heredero y sucesor entre marido y mujer, a falta de uno por el otro, y en el de ambos, por dos parientes varones residentes en la Península, cada uno de cada línea, y tercero nombrado por los mismos, sea o no pariente, en caso de discordia"; al ser presentada la primera copia de la escritura de donación en el Registro de la Propiedad de Pamplona, se puso a continuación de la misma la siguiente nota: "No admitida la inscripción de la mitad indivisa del crédito hipotecario que grava las fincas números 2 y 4 al 23, inclusives, relacionadas en el precedente documento, porque dicha porción, adquirida con el resto del crédito a título oneroso constante la sociedad conyugal, no cabe considerarlo del patrimonio exclusivo del donante, D. Miguel Jorajuria Larrea, quien, además, según la escritura de Capitulaciones matrimoniales que invoca, y el testamento otorgado por su finada esposa, doña Saturina Larrechea Echevarría, no se halla facultado para transmitir bienes de ésta ni procedentes de la expresada sociedad a título singular, y sólo, sí, para designar heredero y sucesor; de donde se infiere que al otorgar la escritura de donación a favor de su hija, doña Cándida Jorajuria Larrechea, lo hizo con evidente falta de capacidad, contraviniendo lo ordenado por la citada cónyuge, hecho que, imprimiendo al documento vicio de nulidad, impide su inscripción. El defecto es insubsanable y no se toma anotación preventiva."

Interpuesto por el Notario autorizante recurso gubernativo en súplica de que se declarase extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales la escritura calificada, la Dirección, confirmando el auto apelado, que ratificó en un todo la nota del Registrador, declaró lo siguiente:

Que del examen de la correspondiente cláusula del contrato nupcial, base a la cual hay que atenerse, resulta que el viudo no está autorizado, explícita ni implícitamente, para dar a las conquistas otro destino que el convenido por el marido y la mujer al establecer el sistema regulador de los bienes del matrimonio, por lo cual debe ser confirmado el auto apelado, cuyos fundamentos armonizan con el espíritu que informa la organización económicofamiliar de la respectiva comarca; con la práctica observada, generalmente, en la misma, de que el heredero haga suyo el patrimonio familiar inmobiliario y abone en dinero las dotaciones o legítimas a sus hermanos; con la previsión, encaminada a impedir que el ejercicio por el cónyuge supérstite dé atribuciones no conferidas con-

tractual ni legalmente, sobre transferencias del dominio y extinción de los demás derechos reales sobre bienes inmuebles procedentes del pre-muerto, menoscabe y hasta pueda hacer ilusorio el derecho del heredero; con la diferencia entre la extraordinaria libertad de que gozan los padres en Navarra para transmitir sus bienes por causa de muerte, y la condicionada actuación del viudo, quien no puede, salvo estipulación en contrario, disponer de la hacienda de la familia asignada en las conveniencias matrimoniales al heredero, sin el consentimiento de éste o, en su defecto, sin cumplir los requisitos que la legislación prescribe; y, por último, con la circunstancia de que no está probado que forme parte del Derecho consuetudinario navarro la costumbre—alegada por el recurrente y rechazada en cuanto a su procedencia y realidad, por el Registrador de la Propiedad y el Presidente de la Audiencia—, contra las observancias de los pactos sucesorios consignados en las referidas Capitulaciones.

“Pueden consultarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1909 y las resoluciones de 3 de enero de 1892 y 26 de abril de 1894.)

* * *

En igual sentido que la anterior y sin nuevos razonamientos, por tratarse de los mismos funcionarios, la misma cuestión y los mismos fundamentos, la Resolución de 20 de julio de 1940 (*B. O. del 3 de octubre*).

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

BIBLIOGRAFIA

"DEUTSCHES RECHT" (núms. 23 a 25, del 8-15 y 22 de junio de 1940):

1) *Legislación alemana:* a) La guerra actual influye considerablemente en los contratos de venta, puesto que las necesidades bélicas sustraen del comercio libre muchas mercancías y materias primas. Un Decreto de 30-XI-1939 (Decreto de auxilio contractual) autoriza a comerciantes perjudicados por la guerra a solicitar del Juez municipal la cancelación del contrato. Sin embargo, este Decreto resultó insuficiente, ya que, por un lado, no se extendía a comerciantes no perjudicados por la guerra en general, aunque en un caso especial no fuesen capaces de cumplir un contrato por razón de la guerra; y porque, por otro lado, convenía confiar la resolución de estos asuntos a Tribunales más calificados. Por último, no se quería limitar las facultades del Tribunal a la cancelación del contrato, sino más bien extenderlas a su modificación. Por este motivo se publicó el Decreto de 20 de abril de 1940, que organiza un procedimiento especial para ayudar a las partes al liquidar contratos de suministro ("Lieferverträge"). La Audiencia es competente para estos asuntos. Se entiende por "contrato de suministro" todo contrato de venta referente a una mercancía elaborada total o parcialmente por una de las partes. La iniciación del procedimiento requiere la instancia de una de las partes. Una vez incoado, el Tribunal puede resolver la cuestión con efectos obligatorios. b) El 4 de marzo de 1940 se publicó un Decreto sobre los efectos del embargo. Este Decreto se refiere sólo al embargo por razón de la legislación económica del Reich. El embargo no influye en las cuestiones de propiedad y posesión. La cosa ha de conservarse en el mismo estado en que fué embargada. La ejecución forzosa de una sentencia puede recaer sobre una cosa embargada. c) Una nueva ley de Derechos

reales ha sido promulgada el 29 de marzo de 1940. Mientras que antes de ella la obligación de pagar derechos reales dependía de la transmisión de la propiedad, la nueva Ley ya la hace depender del contrato que obliga al vendedor a transmitir la propiedad. *d)* Una ley de 29 de abril de 1940 reglamenta la responsabilidad de las empresas ferroviarias y tranviarias de perjuicios materiales. La Ley abarca también los funiculares. Esta materia carecía hasta ahora de una legislación común. Existían meramente leyes de los diferentes países. La nueva Ley se apoya sobre el principio del peligro, haciendo caso omiso del principio de culpabilidad. La responsabilidad es limitada por la cantidad máxima de 15.000 marcos.

2) *Literatura alemana:* *a)* Karl Nuessgens, "Der Rueckerwerb des Nichtberechtigten" (la readquisición del no propietario) (Bonn, *Ludwig Roehrscheid Verlag*, 1939, pág. 192). El autor trata del caso de una persona que no está autorizada a enajenar una cosa (por ejemplo, el depositario), la enajena eficazmente en virtud de las reglas sobre la adquisición de la propiedad del no propietario (en el Derecho español, véanse artículos 464 Código civil, 85 Código de comercio, etcétera), readquiriendo esta misma cosa luego del propietario por razón de las mencionadas reglas. ¿Adquiere en este caso el readquirente la propiedad? Nuessgens distingue el "negocio de tráfico interior" ("Innenverkehrsgeschaft") y "de tráfico exterior" ("Aussenverkehrsgeschaft"). En el "negocio de tráfico interior" (por ejemplo, una compra-venta con derecho de retracto), el negocio jurídico no posee en la vida económica un proceso correspondiente definitivo, y, por lo tanto, no deben aplicarse al readquirente los efectos de las reglas sobre la adquisición de la propiedad del no propietario. En el "negocio de tráfico exterior" la situación es, en cambio, distinta. Si el enajenante organiza los negocios de enajenación y de readquisición con la exclusiva finalidad de asegurarse de esta manera la propiedad definitiva, el concepto de la "burla de la ley" o "del abuso del derecho" le impide la consecución de su fin. *b)* Georg Lenz, "Neue Grundlagen der Rechtsfindung" ("Nuevos fundamentos del proceso") (Hamburg, *Hanseatische Verlagsanstalt*, 1940, pág. 213). Esta obra pretende nada menos que la reedificación del Derecho procesal, empresa que, naturalmente, le obliga a criticar los fundamentos actuales de aquella ciencia. El libro consta de tres partes: 1) Parte crítica: En esta parte se abordan: *a)* La teoría procesal dominante que, en el entender del

autor, arraiga en el concepto iluminista de la ley y en la teoría del proceso como relación jurídica; b) La esencia de la pretensión; y c) La relación de Derecho material y formal. 2) La segunda parte gira en torno de la construcción del proceso, tratando: a) Del Tribunal y de las partes; b) De la acción y del objeto litigioso; c) Del procedimiento hasta la sentencia; y d) De la comprobación del Derecho en la sentencia. 3) La tercera parte formula los resultados para las doctrinas procesales: a) El proceso como suceso jurídico; b) Derecho formal y material, y horizontes de la Filosofía del Derecho. El autor concibe el proceso como una especie del suceso jurídico, al que el negocio jurídico pertenece como otra especie. Rechaza, por ende, también, la separación de Derecho formal y material. El proceso representa una fase nueva del desarrollo de la relación jurídica. c) Carl Schmitt, "Voelkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot fuer raumfremde Maechte" ("Ordenación de grandes espacios en virtud del Derecho Internacional Público, con la prohibición de intervenir dirigida a potencias ajenas a estos espacios") (2.^a edición, Berlín, *Deutscher Rechtsverlag*, 1940, 43 págs.). El autor introduce por primera vez en el Derecho Internacional Público el concepto del espacio grande, prácticamente ya realizado en la célebre doctrina de Monroe del año 1823. El concepto del Estado ha de ser sustituido por el del "Reich" (Imperio). Reich es toda Potencia que domina en un tal espacio grande, irradiando su idea política y excluyendo la intervención de Potencias ajenas a aquel espacio. d) Pueden mencionarse los siguientes libros: Hans Welzel, "Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts" (Berlín, *De Gruyter*, 1940). Stackelberg, "Das buergerliche Kriegsrecht" (Berlín, August Lutzeyer, 1940). Siebert, "Das Recht der Familie und die Rechtsstellung des Volksgenossen" (Berlín, *Deutscher Rechtsverlag*, 1940). Scanzoni, "Scheidung ohne Verschulden" (Berlín, *Deutscher Rechtsverlag*, 1940). Hans Schack, "Deutsches Versicherungsrecht" Leipzig, Moeser, 1940). Willi Seidel, "Der Zivilprozessrichter und seine Abteilung" (Berlín, *Deutscher Rechtsverlag*, 1940, 2.^a edición).

"DEUTSCHES RECHT" (desde el 29 de junio hasta el 17 de agosto de 1940):

1) Legislación alemana: *a)* Como es sabido, separa el Derecho alemán rigurosamente el contrato por el cual el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de la finca al comprador, y la misma transmisión de la propiedad. Esta transmisión de la propiedad de una finca se compone a su vez de dos elementos: del acuerdo entre las partes sobre la transmisión de la propiedad y de la inscripción en el Registro de la Propiedad, requisito necesario de la validez de la enajenación. El Código civil alemán (art. 925) exige que el acuerdo se realice ante los funcionarios del Registro, dejando la determinación de las autoridades competentes para llevar el Registro al arbitrio de los países (art. 143, ley de Introducción al Código civil alemán). Se discutía si se podía celebrar el acuerdo en forma de una transacción judicial. La teoría dominante rechazó esta posibilidad, porque la transacción judicial no se efectuaba ante los funcionarios del Registro. Un Decreto del 11 de mayo de 1934 declaró competentes para el acuerdo también a los Notarios. Desde este Decreto no hubo ya inconveniente en admitir el acuerdo en forma de transacción, puesto que el legislador había, evidentemente, abandonado el principio del "acuerdo ante el Registro". El Decreto del 9 de enero de 1940 establece expresamente la admisibilidad de un acuerdo en forma de una transacción judicial. *b)* El Decreto del 6 de mayo de 1940 sobre la defensa del Reich incluye innovaciones interesantes para el ámbito del Derecho Penal Internacional. El Decreto introduce, en lugar del principio de la territorialidad, el de la personalidad. El artículo 3, pár. 1, Código penal alemán modificado, establece: "El Derecho penal alemán se aplica a la conducta de un súbdito alemán, no importa que la haya realizado en el país o en el extranjero." El pár. 2 del mismo artículo versa de la siguiente manera: "El Derecho penal alemán no se aplica a una conducta realizada en el extranjero, no penada según el derecho del lugar de comisión, si la conducta según los sentimientos sanos del pueblo alemán no representa un hecho ilegal digno de punición por razón de la situación especial en el lugar de la perpetración del hecho." Ni que decir tiene que el Código penal alemán se aplica a los hechos realizados por extranjeros en Alemania.

2) Literatura: *a)* Constantin Patronikolas, *Das Recht des Be-*

triebsrisikos im geltenden griechischen Recht und im Entwurf eines griechischen Zivilgesetzbuches mit besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts (El derecho del riesgo de la empresa en el Derecho griego vigente y en el proyecto de un Código civil griego, con especial consideración del Derecho alemán). (Berlín, Ebering, 1939, págs. 104.) El autor cree que en el arrendamiento de servicios ya la disposición de trabajar representa el cumplimiento de los deberes del arrendador, de suerte que el arrendatario corre el riesgo de no poder utilizar los servicios ofrecidos. b) Comentario al Código civil alemán, publicado por los señores Schlegelberger y Vogels (Berlín, Vahlen, 1939-40). Este comentario debe su existencia a personas pertenecientes al Ministerio de Justicia. Así, posee Alemania, al lado de comentarios de índole teórica y de comentarios de magistrados, un comentario ministerial. La obra sigue publicándose. c) Hans Brandt, *Eigentumserwerb und Austauschgeschaef* (Adquisición de propiedad y el negocio de intercambio). (Leipzig, Theodor Weicher, 1940, pág. 322.) Este libro se dirige contra la separación del Derecho alemán entre negocio obligacional y contrato abstracto de enajenación. Brandt expone al principio la historia de este dogma. No existía ni en el Derecho germánico ni en el Derecho romano. Aparece por primera vez en el *Codex Theresianus* de 1766 (Austria). Luego lo defiende Savigny. Prusia lo reconoce en una ley de 1872. Por último, lo adopta el Código civil alemán de 1900. En la segunda parte del libro analiza Brandt la jurisprudencia. El autor cree poder demostrar que en la realidad jurisprudencial el contrato abstracto no posee importancia, y que las sentencias que le invocan estriban, en realidad, en otras razones. En la tercera parte construye Brandt sus nuevas doctrinas. La adquisición de la propiedad debe realizarse con el pago del precio o, lo más tarde, con la entrega de la cosa vendida. d) Los magistrados del Tribunal Supremo acaban de publicar un comentario al Código de comercio: *Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (editado por miembros del Tribunal Supremo: Berlín, Gruyter, 1940, págs. 750). e) Richard Lehmann, "Entwicklung und Inhalt der Fuersorgepflicht des Unternehmers" (Desarrollo y contenido del deber de cuidado del patrono). Berlín, Deutscher Rechtsverlag, 1940, pág. 115.) El autor parte de la nueva concepción del arrendamiento de servicios como de una relación personal de comunidad, y opina, por ende, que el deber del patrono de cuidar al empleado se ha convertido, de una obligación accesoria, en una obligación principal. El autor concibe la obligación del

patrón de pagar el salario como un caso especial de este deber fundamental de cuidado. Pero de esta opinión se deduce que, en defecto de una estipulación sobre el salario, éste dependería de la situación económica del empleado: un resultado evidentemente injusto. f) Ludwig Orth, *Wissenschaft und Wettbewerb. Zur Frage des unlauteren Wettbewerbs durch wissenschaftliche Aesserungen* (Ciencia y competencia. Contribución al problema de la competencia ilícita cometida por afirmaciones científicas). (Berlín, Albert Limbach, 1940, págs. 82.) El autor analiza el problema de si los juicios científicos pueden representar una competencia ilícita, cuestión que el autor afirma. Orth cree que los juicios científicos se basan en hechos, y que debe ser admisible hacer valer la falsedad de los hechos. g) La "Comisión para Sociedades de responsabilidad limitada" acaba de publicar un dictamen sobre la reforma de la célebre ley alemana de 1892 ("Die Neuordnung der Gesellschaft mit beschraenkter Haftung". 2. *Arbeitsbericht des Ausschusses fuer Gesellschaften mit beschraenkter Haftung der Akademie fuer Deutsches Recht*. Frankfurt a. M., 1940, *Breidenstein Verlagsgesellschaft*, página 118). El dictamen afirma la compatibilidad de la persona jurídica y de la responsabilidad limitada con las ideas nacionalsocialistas. La obra quiere facilitar el trabajo del Ministerio de Justicia al redactar la nueva ley. h) El comentario a la ley de acciones de Carl y Justus Ritter ha llegado ya a su segunda edición (*Aktiengesetz. Erläutert von Carl Ritter*. 2. Auflage. Herausgegeben von Justus Ritter). i) Werner Hahn, *Neues Vorbringen in der Berufungsinstanz* (Nuevas alegaciones en la instancia de apelación). (Berlín, Carl Heymanns Verlag, 1940, pág. 84.) El autor analiza 21 leyes de los diferentes países alemanes sobre esta cuestión.

RODRIGO URÍA GONZÁLEZ.—*El seguro marítimo* (Barcelona, Bosch, 1940, págs. 207).

El autor, profesor auxiliar de la Universidad Central, revela en esta excelente monografía un dominio absoluto de la literatura extranjera y (lo que vale más) una maestría metódica poco común: todo el complicado aparato científico está al servicio exclusivo de la investigación práctica del Derecho positivo español. El autor no olvida emplear ampliamente los llamados hechos jurídicos ("Rechtstatsachen", expresión de Nussbaum), indicando, referente a cada institución, su divulgación

en el mundo comercial. Lo único que echamos de menos es la reproducción de formularios típicos (por ejemplo, de pólizas, certificados de seguro, etc.).

El primer capítulo trata del seguro marítimo en general. Hay que mencionar el intento nortico (proyecto común de 1925 de los países bálticos y escandinavos) de unificar todo el Derecho de seguros privados (seguros de daños, seguros de vida y seguros de accidentes y enfermedad), a diferencia del sistema legislativo tradicional, que, entre otras cosas, separa el seguro terrestre del marítimo. El segundo capítulo aborda el elemento personal en el seguro marítimo. Es interesante la distinción entre asegurado por cuenta ajena y asegurado por cuenta de quien corresponde. "Cuando el tomador del seguro es un mandatario que no declara en la póliza el concepto en que contrata, y ocultando el nombre de su mandante estipula el seguro en nombre propio, estamos en el supuesto del denominado seguro "por cuenta ajena". Si el tomador es una persona que sin haber recibido mandato alguno estipula el seguro en su propio nombre, pero por cuenta y provecho del futuro propietario de los objetos asegurados al tiempo del siniestro, estaremos ante el llamado seguro "por cuenta de quien corresponda", cuya característica está en la indeterminación de la persona asegurada en el momento de la conclusión del contrato" (págs. 45 y 46). Se trata en ambos casos de contratos a favor de un tercero (del mandante o del propietario de los objetos al tiempo del siniestro). "Por eso se afirma que el tomador del seguro no puede ejercitar los derechos nacidos del contrato y, particularmente, no podrá exigir la indemnización debida en caso de siniestro, pues el daño causado no recae sobre su patrimonio" (pág. 47). El capítulo tercero se ocupa de la conclusión del contrato. En el Derecho español la forma escrita es constitutiva de la validez del contrato (página 58). La póliza puede ser nominativa—caso normal, tratándose del seguro de cuerpos (navío)—o a la orden y al portador—, caso frecuente en el seguro de facultades (mercancías), por el hecho de que éstas cambian a menudo de propietario durante el viaje. "Cuando se asegura un cargamento determinado sin indicación expresa del navío, es decir, cualquiera que sea el buque que haya de transportarlo, estamos en el supuesto del seguro "in quovis" (pág. 64). Pero la indeterminación puede alcanzar a las mercancías al mismo tiempo que al buque que las transporte. Entonces se habla de seguro flotante o "de abono". Las grandes casas comerciales suelen tener en curso de viaje gran cantidad

de mercancías, sin saber ellas mismas exactamente su número y su calidad. "Por esto se hizo evidente la necesidad de un seguro general que cubriese anticipada y preventivamente hasta el límite máximo de una suma fijada los riesgos que corran todas las mercancías que el asegurado reciba o expida por vía marítima durante un determinado período de tiempo, ordinariamente un año" (pág. 65). La semejanza del seguro "de abono" con la hipoteca maximal salta a la vista. El capítulo cuarto versa sobre el objeto del contrato, subdividiéndose en dos secciones, de las cuales una se refiere al interés asegurable en general, mientras que la otra investiga los intereses asegurables en particular. Al ver el concepto del interés como central en el Derecho de seguro marítimo, nos viene a la memoria el hecho de que la "jurisprudencia de los intereses" fué aplicada por primera vez por su fundador Heck en un libro sobre Derecho marítimo (*Das Recht der grossen Haverei*, 1889). Es posible asegurar las ganancias o los beneficios probables. El seguro de las cantidades dadas en préstamo a la gruesa protege otro interés especial. "El que concede un préstamo a la gruesa a un armador o a un cargador tiene contra ellos un crédito cuyo reembolso se hace depender del feliz arribo a puerto de los efectos sobre que hizo el préstamo, o del valor que obtengan en caso de siniestro. La pérdida del buque o de la carga entraña la pérdida del crédito. El titular de éste tiene, por tanto, un valor, un interés, expuesto directamente a los riesgos del mar, que, lógicamente, le está permitido asegurar" (págs. 93 y 94). Se trata de una especie de reaseguro; ya que el "préstamo a la gruesa tiene en sí algo de seguro, puesto que el prestamista toma sobre sí los riesgos corridos por el buque o mercancías sobre las cuales presta, y a su vez se descarga de estos riesgos con el seguro que le garantiza el reembolso de la suma prestada" (pág. 94). El capítulo quinto analiza el riesgo en el seguro marítimo. En esta materia rigen los principios de la universalidad del riesgo, en virtud del cual el asegurador soporta la posibilidad del riesgo, conforme al que se cubren sólo riesgos reales con existencia efectiva en el momento de la conclusión del contrato. Como los riesgos de guerra no suelen ser incluidos en los riesgos ordinarios de la navegación, surge la necesidad de delimitar rigurosamente los unos de los otros, tema éste de indudable actualidad. El autor no considera, por ejemplo, como riesgo de guerra el abordaje de dos buques mercantes que, con motivo de la guerra, navegan con luces apagadas. Al final de este capítulo enumera el autor las exclusiones legales: las faltas personales del asegurado y las faltas cometidas por el

capitán, los pilotos y la tripulación, conocidas bajo la denominación general de "baratería del patrón". Los capítulos seis por un lado y siete y ocho por el otro exponen las obligaciones del asegurado y del asegurador, respectivamente. La obligación principal del asegurado es la de pagar la prima. En lo atinente a ésta rigen dos principios: 1.º Principio de la indivisibilidad, según el que la prima se debe siempre en su totalidad al asegurador en cuanto éste haya comenzado a correr el riesgo, aunque "por un caso de fuerza mayor no cubierto por el seguro el interés asegurado deje de quedar expuesto al riesgo, o, de cualquier otro modo, el contrato no pueda continuar produciendo sus efectos durante el tiempo convenido" (pág. 146). 2.º Principio de la invariabilidad, en virtud del cual "el importe fijado en la póliza no puede resultar afectado por acontecimientos que con posterioridad a la celebración del contrato puedan hacer cambiar las condiciones del riesgo" (pág. 148). La prohibición de reticencias y declaraciones inexactas, dirigida al asegurado, sigue ya del concepto bien entendido de la buena fe. Las obligaciones del asegurador se inician con la realización del siniestro. Este hecho engendra la obligación de indemnizar el daño. "El cumplimiento de esta obligación presenta en el seguro marítimo la particularidad de ofrecer dos procedimientos distintos para regular y liquidar la indemnización: uno, semejante al que se sigue en toda clase de seguros, se conoce con el nombre de *acción de avería*; el otro, propio y exclusivo del seguro marítimo, es el procedimiento de *abandono*" (pág. 157). En la acción de avería el asegurado reclama una indemnización sobre la base del perjuicio sufrido. En el caso del abandono, circunscrito a los denominados siniestros mayores, se permite al asegurado exigir del asegurador "el importe total de la suma asegurada, haciéndole transmisión de todos sus derechos sobre la cosa objeto del interés asegurado" (página 171).

El libro del profesor Uria González llena una laguna en nuestra literatura jurídica, puesto que la obra, ya clásica, del profesor Garriques sobre Derecho mercantil no ha llegado todavía al campo del Derecho marítimo.

EN TORNO AL DERECHO NATURAL (Esquema histórico y crítico), por D. José Castán y Tobeñas.

Con la precisión, claridad y maestría a que nos tiene acostumbrados, expone el docto Magistrado del Tribunal Supremo, en esta edición separada del trabajo publicado en la Revista *Universidad*: 1.º, el ciclo doctrinal y el actual resurgimiento del iusnaturalismo; 2.º, la fundamentación y la configuración del Derecho natural, y 3.º, la concepción iusnaturalista hispánica, dedicando la Introducción al estudio de las acepciones, concepto y caracteres del Derecho natural.

En el primer apartado desenvuelve las concepciones históricas (grecorromana, medieval-católica, filosófica-empírica, dogmática-crítica, racional-histórica e histórica-positivista), las últimas direcciones del iusnaturalismo (formalista de Stammller, personalista de Del Vecchio, neoescolástica de Cathrein, americana de Aramburo, minimal de Geny y la progresiva de Renaud); las doctrinas *sucedáneas* del Derecho natural que se encuentran en la teoría de la Institución, de Hauriou, en el Derecho objetivo de Duguit, en el formalismo jurídico de Kelsen, en el Derecho social de Gurvitch, en las obras de Cuche, Rippert, Dabin, etc., y por último el resurgimiento actual de la idea del Derecho natural ante el fracaso de las concepciones positivistas del siglo pasado, la necesidad de restaurar el orden y las exigencias de la época en que vivimos.

Dentro del segundo capítulo coloca el autor en primer término el problema de la existencia del Derecho natural, pasando revista a las pruebas psicológicas o de experiencia interna, a las filosóficas o racionales y a las histórico-doctrinales, así como a las objeciones formuladas contra aquel Derecho; y en segundo lugar el problema de la configuración y delimitación del mismo para separar el Derecho natural, "conjunto de primeros principios, universales e inmutables", del llamado Derecho ideal, "que es el concebido por el pensamiento, el que se ofrece a nuestro espíritu despojado de toda realidad efectiva".

En fin, el capítulo III diseña las particularidades del tema en nuestra literatura y las líneas directrices de la escuela española (Vitoria, Soto, Molina, Suárez...), para cerrar esta pequeña joya didáctica con la apreciación de que el pensamiento jurídico español refleja constantemente la idea del Derecho natural durante toda aquella época del siglo XIX que, en otros países, se caracterizó por la tendencia antifilosófica y por la más aguda contradicción y confusión de doctrinas.

LA REDACCIÓN.