NUEVA SERIE VOLUMEN IV

# REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

NUMERO 3 AÑO XVII - N.º 78

BIBLIOTECA OVIEDO

# UNIVERSIDAD DE OVIEDO

## REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO


EXCMO. Y MAGNO. RECTOR

D. VALENTÍN SILVA MELERO

CATEDRÁTICO D. PENAL

D. LUIS SELA SAMPIL

CATEDRÁTICO D. INTERNACIONAL

DIRECTOR

D. RAMÓN PRIETO BANCES

CATEDRÁTICO

HISTORIA DEL DERECHO

D. JOSÉ APARICI DÍAZ

CATEDRÁTICO

DERECHO ROMANO

D. JOSÉ M. SERRANO SUÁREZ

CATEDRÁTICO

DERECHO PROCESAL

D. JULIÁN APARICIO RAMOS

CATEDRÁTICO

DERECHO MERCANTIL

D. SABINO ALVAREZ GENDÍN

CATEDRÁTICO

DERECHO ADMINISTRATIVO

D. MANUEL IGLESIAS CUBRÍA

CATEDRÁTICO

DERECHO CIVIL

D. TORCUATO FDEZ. MIRANDA

CATEDRÁTICO

DERECHO POLÍTICO

D. MANUEL ALBALADEJO GARCÍA

CATEDRÁTICO

DERECHO CIVIL

SECRETARIO

D. TEODORO L.-CUESTA DE EGOCHEAGA

PROFESOR DE LA FACULTAD


La Dirección de la Revista no se hace solidaria de las tesis sostenidas por los autores en sus trabajos de colaboración.


Editorial IDAG - Quintana, 18 - Teléfono 2495 - Oviedo

# SUMARIO

PÁGINA

SECCION DOCTRINAL

**Nomografía romanística,** por Carlos Sánchez del Río y Peguero 289

**El problema de las lagunas del ordenamiento constitucional,** por Pablo Lucas Verdú ..... 315

**Estudio sobre la prestación personal y de transporte en la ley de régimen local,** por Juan Luis de la Vallina Velarde ..... 343

JURISPRUDENCIA

AUDIENCIA TERRITORIAL DE OVIEDO

Recursos de suplicación en procesos sobre arrendamientos urbanos, por don Luis Alvarez ..... 381

Sentencia 17-11-1956, ponente Sr. Díaz Faes ..... 382

» 13-11-1956, ponente Sr. Llopis Peñas..... 385

» 23-11-1956, ponente Sr. del Casero ..... 388

» 26-11-1956, ponente Sr. Alvarez, don Luis ..... 393

» 5-12-1956, ponente Sr. Diéguez ..... 396

» 4-12-1956, ponente Sr. Llopis Peñas ..... 399

» 11-12-1956, ponente Sr. del Casero ..... 401

» 18-12-1956, ponente Sr. Díaz-Faes ..... 403

» y estudio de Resoluciones de la Dirección General 408

# SECCION DOCTRINAL

# NOMOGRAFIA ROMANISTICA?

«Creo en las cosas si les encuentro su modelo mecánico».

LORD KELVIN

EL gran secreto de la investigación científica se encuentra hoy en el creciente desenvolvimiento de los esquemas conceptuales, variablemente expresados (principios, fórmulas, gráficos) con su correlativa disminución de formas empíricas (1); y en el tránsito decidido de la «riqueza literaria» a la concreción de líneas funcionales bien definidas en tanto en cuanto sólo podemos llamar «verdadera ciencia» a una sólida «empiria» ciertamente convertida, mediante la abstracción en finas y generalizadas correlaciones de hechos en virtud de las cuales, éstos, queden transformados en miembros de un «sentido» como materia inteligible (2) a fin de lograr, en lo posible, sobre un mismo tema opiniones coincidentes (3).

Pero es aún muy difícil introducir en las mentes de nuestros cultivadores de las humanidades la verdad de que

---

(1) BARBER, **Science and the social order,** 1952, trad. de CASTRO, Barcelona, 1956. pág. 26.

(2) ORTEGA Y GASSET, en el prólogo de la traducción de J. MARIAS de la obra de W. DITTHEY, **Introducción a las ciencias del espíritu,** Barcelona, 1956.

(3) Para DESCARTES **«quotiescumque duorum de eadem re iudicia in contrarias partes feruntur... ne unus quidem videtur habere scientiam» (Regulae,** 2,2).

está llegando el día en que no queden ya hechos ni recintos definitivamente alejados del mundo de las representaciones conceptuales precisas, de los trazados y de los campos sujetos a peso, número y medida, dentro siempre de la natural falibilidad y limitación del hombre.

Sé bien, pues, cuán arriesgado resulta entrar en estrechas veredas iniciadas y recorridas por muy escasos grupos minoritarios de nuestro jardín jurístico al representar extremos audaces y poco prometedores, por el momento, nada fáciles además, dentro de la sociología jurídica en su dinámica, y del neopositivismo lógico propugnados por sectores más amplios de las escuelas nórdicas de Europa, de las tendencias soviéticas y del realismo norteamericano, tampoco excesivamente extendidas en nuestra cultura latina (4).

Conste, sin embargo, que no se trata aquí de la iniciación, para su apología, de un sentido metodológico que al fin y al cabo, como cualquier otra dirección, es parcial o sencillamente unilateral; a la verdad, ello es así, sólo se puede llegar, y nunca por completo, mediante múltiples con-

---

(4) Debemos consignar la llamada de atención hecha por un español que parece, sin embargo, hallarse lejos de estos modos de ver las cosas. Refiriéndose a la escuela de Upsala (HAGERSTROM, OLIVECRONA, LUNDSTEDS, ROSS, GEIGER...) dice LEGAZ: «hay una corriente europea en el pensamiento jurídico que está representada por los nórdicos. Este nordismo tiene no sólo una conceptuación geográfica, sino sociológico científica. Es una tendencia realista y antiespeculativa (muy afín a las tendencias realistas norteamericanas), con ciertos rasgos nihilistas frente a las construcciones de que se envanece el pensamiento jurídico continental, tanto si positivo o posiiivista se queda en el plano lógico-conceptual de la dogmática como si con apetencia filosófica se eleva a la región metafísicoyusnaturalista. Sería muy interesante hacer una sociología de las formas del saber jurídico contemporáneo y buscar la condicionalidad social de este realismo que se produce en los países nórdicos, con su amplio progreso material, su elevado nivel intelectual y educativo, su tecnificación y racionalización crecientes, sus escasas tensiones sociales y su gran estabilidad política» (**La obligatoriedad jurídica**, «An. de Fil. del Derecho», 1, 1953, pág. 53).

He aquí un aldabonazo importante. Por el momento tiene una contestación inmediata y prejudicial de la indagación. Sencillamente: en esos sectores sociales e intelectuales el Derecho ha dejado de ser un arte y por tanto «literatura y política» para comenzar a ser una ciencia.

currencias. Se trata apenas de un ensayo muy incipiente y tímido de puntos de vista que *también* debemos utilizar, siempre que podamos, nosotros los que creemos que las cosas son muy complejas y que los factores que las determinan son muchos y enormemente variados (5).

La introducción de la lógica con las expresiones de las ciencias exactas, la incorporación de la matemática y el uso casi diario ya de la estadística en algunos campos de las humanidades, después de haber penetrado con toda decisión en el de la biología y en el de la psicología experimental (6) no es hoy ninguna novedad disparatada aunque tengamos que reconocer que todavía nos encontramos en los primeros pasos de la aventura. Mas hay que irse haciendo a la idea de que nos acercamos rápidamente a una nueva imagen unitaria del mundo (7) cuyas bases comunes será inútil soslayar. Y conviene sobremanera no dejar que ciertos modos de ver las cosas queden monopolizados en grupos sectarios que, por

---

(5) Porque volviendo del revés cierta afirmación hecha por RECASENS SICHES en su **Vida humana, Sociedad y Derecho,** Méjico, 1952, pág. 40, podemos decir justamente que quien permanezca encerrado en el ámbito de la introspección y no quiera pensar constantemente asomado con sentido científico al campo de lo real y de lo experimental jamás llegará a enterarse, ni de lejos, de lo que el Derecho sea.

(6) Sobre los insospechados horizontes de las ciencias abstractas, ver BRUNSCHVICG, **Les étapes de la philosophie mathematique,** París, 1955; PACOTTE, **La pensée mathematique contemporaine,** París, 1955; TARSKI, **Logic, Semantics, Matemathematics,** Londres, 1955; COLLINS SWABEY, **Logic and Nature,** New York, 1955; y ROSE, **Theory and method in the social sciences,** Minneapolis, 1955; entre muchos. Para los alcances y aplicaciones de los grandes números y series, vid. TIPPETT, **Statistics,** Londres, 1955; sólo a efectos de iniciación.

(7) Considerada con asombroso y genial desenfado por HEISENBERG, **Das Naturbild der heutigen Physik,** Hamburgo, 1955. Sobre la base de un humilde relativismo cognoscente y de la derogación de los principios de causalidad que deben ser sustituídos en todos los órdenes del mundo por leyes estadísticas, trata del sentido unitario de la naturaleza para terminar con un profundo estudio de las relaciones entre la cultura humanística y las ciencias naturales. Es lástima que esta magnífica síntesis de HEISENBERG sea «desconocida» incluso entre los pocos que la «conocen» en el barrio de nuestras humanidades.

esos sus caminos, van seguramente muy deprisa, pensando que muchos, a causa de nuestros prejuicios, tenemos miedo a la ciencia fría de la fría experimentación, quedándonos atrás.

Pero nosotros los católicos de este siglo no tenemos miedo a la ciencia porque estamos seguros, radicalmente seguros, de que aquella historia de las grandes antinomias y de los conflictos de DRAPPER no es más que un cuento oriental del que ya nos hemos alejado despreocupados y alegres con distancias astronómicas. Y nos complace y conforta mucho, pues claro que sí, que la biología camine atrevida y vertiginosamente; que una enorme parte de los fenómenos psicológicos entren en los laboratorios; que se hable sueltamente de la evolución; que se apliquen tratamientos numéricos a los hechos sociales; que Santo Tomás sea estudiado a través de las nuevas formas de investigación estadística del lenguaje... (8).

No tiene pues nada de particular que algunos deseemos con toda viveza, que junto a los modos seculares de tratar

---

(8) Bien recientemente un hombre de ciencia imparcial y serio LEIGHTON, psiquiatra y antropólogo, afirmaba muy documentado que la ciencia en cualquiera de sus aspectos, aún la social, no constituye amenaza alguna frente a los valores básicos de la humanidad, pues los dogmas trascendentales salen a diario más robustecidos frente a cada nueva conquista: **Human relations in a changing World,** New York, 1950, pág. 206.

Debemos tener presentes a estos respectos las diversas alocuciones dirigidas por S.S. Pío XII reinante, uno de los hombres más completos que han producido los siglos, a grupos intelectuales visitantes suyos en estos últimos cinco años; recuerde el lector, sobre todo, la feliz intervención del Pontífice con motivo de la audiencia a los médicos estudiosos de los problemas surgidos en las modernas técnicas del parto indoloro y apropósito de investigaciones venidas de ciertos países...

La ciencia hoy no tiene signo. Y en una de las pocas ocasiones en que se le ha querido poner, quizá la más trascendente, quedó claro que es inútil intentarla llevar por caminos contrarios al común sentir y a pensamientos arraigados en lo más hondo de nuestras conciencias. Nos referimos a la polémica que sobre el principio de indeterminación plantearon los rusos y algún americano en parcial y tendenciosa defensa de la causualidad inseparable del materialismo histórico: vid. J. FRENKEE, **Upsekki fisick nauk,** 44, 110, 1951 y BOHM, **Phys. Rev.** 85, 166, 180, 1952. El asunto fué además intrascendente para la misma ciencia.

las cosas del Derecho, siempre desde su engañoso interior (que por cierto, después de algunos milenios de cerril postura única, no nos han hecho avanzar nada absolutamente en el régimen de la convivencia humana, fin esencial del artificio legislativo) iniciemos de una manera abierta y aún descarada el camino de la observación externa, examinando una revolución, una gran figura histórica, un proceso de elaboración legislativa, un juicio o una fascinante producción artística, como fenómenos sociales exteriores a nuestra mente que nada tienen que ver con nosotros, y con la misma frialdad con que el astrónomo advierte la anomalía de un planeta desobediente a LAPLACE, el físico se enfrenta con las veleidades de algunos elementos nucleares fugitivos de la mecánica clásica, o el biólogo ve perturbadas cada día las minuciosas curvas obtenidas el anterior con motivo de finas mediciones afectadas por invisibles diablillos.

Todas las ventanas son buenas para asomarse y «ver». Pues sólo cuando sepamos bien y sin prejuicios cómo «pasan» «realmente» «nuestras» cosas es cuando podremos influir en ellas de un modo científico y no político.

Hay que reconocer, desde luego, que el castillo del mundo humano se resiste, de hecho, a dejarse penetrar por métodos propiamente experimentales porque es un mundo en que lo cualitativo predomina en gran manera sobre lo cuantitativo y en el que la introspección tanto significa ayuda como perturbación. Es difícil, sí, objetivizar y cuantificar en el campo social; pero nadie ignora los éxitos ya muy grandes de la estadística matemática y del cálculo superior ante muchos fenómenos de humana correlación, y, entre ellos, los de tipo económico (9). Por lo que, no obstante el mal camino, hay que intentar una y mil veces la penetración en tan engorroso

(9) Es muy sobresaliente en este respecto el libro de MORGENSTERN, **Theory of games and Economic Behaviar,** Princenton, 1953, con su peculiar modo de analizar matemáticamente la conducta económica basándose en la teoría de los juegos montada sobre las doctrinas de los conjuntos, la combinatoria y algunas directrices esenciales de la lógica matemática. Los horizontes son sorprendentes para nosotros.

recinto, desde su exterior, aprovechando todos los resquicios (10).

En lo que toca al Derecho las dificultades son máximas; como lo prueba la realidad de que cuantos han venido aplicando el cartesianismo y el comptismo, aún en sus modernas versiones con más afinado sentido psico-bio-matemático, terminan en conquistas (desde luego estimables) a las que no siempre se les ha ido el sabor literario y en el mejor de los casos metafórico tan propicio a discusión y tan contrario, en mayor o menor grado, al sentido rigurosamente científico de lo preciso y de lo inequívoco (11).

---

(10) El escepticismo reinante frente al uso de los métodos experimentales en materias de arte, historia, derecho... se debe, entre otras cosas, a la extensa ambición de los estudiosos respectivos. TOYNBEE **(Studi of history,** Londres, 1933 y sigs.) y CHEVALIER **(Doctrines economiques,** París, 1945) p. ej. han querido abarcar demasiado en sus trabajos históricos y económicos, acabando por reconocer que aún no podemos pasar de la fase precientífica. La captura de las grandes leyes históricas se halla todavía lejana; veintiún grupos de culturas y diez grandes fluctuaciones o períodos de «gestación psicológica» son pocos elementos para experimentos a gran orquesta. Y hay que conformarse, en los comienzos, con el abordaje de sectores más propicios y accesibles como está ocurriendo ahora con la investigación científica del lenguaje... grieta importante, además de la brecha económica, por donde parece que también se puede entrar en la fortaleza.

(11) Igual que le sucedió a H. TAINE en algunas de sus obras (muy especialmente en su **Philosophie de l'art)** que no pudo lograr un sentido de total rigor científico con sus brillantes ingeniosidades analógicas o metafóricas, les pasó a muchos de nuestros estudiosos. Recordemos sobre todo a IHERING que en su **Espíritu del Derecho romano..** se asiste a geniales dialécticas y a magníficas trasposiciones técnicas de los saberes naturalistas con positivas conquistas para nuestra disciplina pero con valor enunciativo frecuentemente metafórico. El Derecho no es un organismo ni nada que se le parezca. El uno, el natural, es un modo de suceder ciertas relaciones que con más o menos convencionalismo entran en el grupo de las llamadas relaciones jurídicas, fronterizas y aún superpuestas con las morales, con las económicas... trasunto del plan divino de la creación, para nosotros, o resultado del «gran acontecimiento **inicial**» para los demás; y lo orgánico es el trozo de vida social pertinente. El otro, el positivo, es una superestructura artificiosa cuyo carácter precisamente artificioso es el que hay que descubrir y aún desenmascarar en la investigación científica. A BONFANTE (en **Il método naturalistico nella storia del diritto,** RIS, 71, 1917, y obras posteriores) y a DE FRANCISCI (en su **Storia del Diritto**

Este ensayo que hoy presentamos, con tanta advertencia preliminar, acredita palmariamente la dificultad; y, en parte, más bien ofrece valor dudoso o adverso. Pero como decía CLAUDIO BERNARD, los mismos experimentos fallidos no dejan de producir observaciones excelentes, pues con toda

---

romano, vol. I, Milán, 1938) entre varios más, les ha ocurrido algo parecido. Muchos de los principios por ellos enunciados son sin duda interesantes y hasta muy importantes; pero aún están lejos de ese sentido unánime que deriva del rigor científico, pues son más intuiciones felices, analógicas a veces, que esquemas derivados de una amplia y circunstanciada base experimental, todavía, en verdad, difícil de obtener. SCHULZ sigue con tónica muy personal el mismo camino hacia las «leyes» de las leyes (**Prinzipien des römischen Rechts,** Berlín, 1954); pero al fil y al cabo su trabajo continúa representando un esfuerzo mental grande, meritísimo, extraído de canteras todavía mal analizadas microdinámicamente.

Sin embargo no hay duda de que se trata de posiciones muy cercanas al cientificismo extricto cuyos derroteros conviene seguir **también** mientras no se puedan abrir otros que **también,** vuelvo a repetir la palabra, deberemos utilizar.

En el mundo jurístico nuestra dificultad principal para roturar estos otros caminos extrictamente científicos estriba en el problema de la cuantificación. Nos tenemos que mover entre temas de carácter cualitativo porque nos faltan medios para atomizar los fenómenos hasta descomponerlos en elementos cuantitativos; al fin la cualidad suele resultar muchas veces de una complicación de la cantidad. En cuanto a las experiencias históricas, aún en las romanísticas, carecemos de datos suficientes para «circunstanciar» (perdone el lector), en forma y bien, cada instituto. Y todavía en nuestro siglo, ya muy aficionado a los estados y a los grandes números, no ha transcurrido el tiempo suficiente para abordar un verdadero estudio matemático de la fenomenología jurídica actual.

Esta es una de las razones (no obstante las tendencias de HILBERT y RUSSELL a operar **cualitativamente** en ciertas orientaciones del cálculo) por las que algunas ideas audaces, ya expuestas, de positivo valor, no puedan entrar aún en nuestros hábitos. Me refiero, por poner un ejemplo, al trabajo de LOIS, profesor de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, **Contenido esencial de la Ciencia jurídica** (Arbor, 4, 1949) explicado más ampliamente en sus **Estudios sobre los fundamentos de una nueva ciencia jurídica,** Santiago, 1954, pág. 209 y sigs. Para LOIS, y estoy con él, la ciencia jurídica estudia la expresión $y = f(x)$, siendo **y** la variable que representa la libertad y **x** el argumento del orden. El Derecho positivo resulta así como un procedimiento de compatibilización que por una sucesión de valores atribuídos a las dos variables determina en cada momento de los actos humanos la norma que impone el orden a través de un límite de libertad. Esta consiste en el resultado de sustraer a la totalidad de lo

seguridad debemos admitir que, en rigor, no hay experiencia absolutamente fallida (12).

Por supuesto, la representación gráfica no es más que un aspecto del tratamiento científico de los sucesos observables.

* * *

La nomografía o expresión lineal de fenómenos y leyes o modos de acaecer, representa en todos los órdenes del saber un momento ya muy adelantado de las respectivas ciencias.

---

físicamente factible la porción de actos que el Derecho prohibe o manda; así resultaría que $L = P - (V + M)$, siendo P todo lo que cabe hacer materialmente, V el conjunto de prohibiciones y M la suma de mandatos. De aquí se desprende este postulado: «es lícito hacer todo aquello que no esté prohibido y abstenerse de hacer lo que no esté mandado», principio también puesto de relieve por COSSIO. Como el régimen de prohibiciones y mandatos resulta del fenómeno de sociabilidad, la libertad, infinita en Robinson el solitario, va decreciendo a medida que debe ser compatibilizada con la de los demás hombres y ante el aumento de éstos y de sus crecientes relaciones. Así la libertad jurídica aparece como el margen del poder que resta a una persona después de haber limitado su libertad física en beneficio de los demás. LOIS termina el capítulo, con motivo del concepto de **funcional** debido a VOLTERRA (matemático, no el jurista), reconociendo que el Derecho es perfectamente asimilable a un supuesto de cálculo funcional con ciertas reglas específicas en este operador: $z = F\left[ P \begin{smallmatrix} a \\ (x) \\ b \end{smallmatrix} \right]$; cuya explicación no es propia de este lugar. Desde luego sería un poco larga para los no iniciados.

Este modo de tratar el Derecho es rigurosamente científico; y LOIS sabe indudablemente lo que dice. Pero de lo expuesto, a sus posibles aplicaciones cuánticas, de tipo especial, claro es, existen verdaderos abismos todavía infranqueables que él sabe sortear, sin embargo, llegando a muy interesantes conclusiones.

También IAYME GUASP, profesor en la Universidad de Madrid, ha tocado con gran acierto el tema de la objetivación jurídica con sentido científico en dos importantes conferencias sobre «La exactitud en el Derecho» y «Seguridad y justicia» dadas en Madrid y Zaragoza, respectivamente.

Vid un ensayo más amplio de aplicación de la simbolística de las ciencias exactas al Derecho en MAGNI, **Teoria del Diritto ecclesiastico civile,** Padova, 1952.

(12) En la pág. 155 de la traducción inglesa **An Introduction to the study of experimental medicine,** New York, 1949, de su conocida y clásica obra cuyo original francés no he podido lograr.

Y apreciada en el conjunto de éstas las acredita y gradúa como tanto más desfasadas en su progreso cuanto con más precisión han sido captados sus hechos en sistemas coordenados.

Así la realidad de que las zonas de lo jurídico, de lo histórico, de lo psicológico y en general de las ciencias de la cultura se hallen lejos de las expresiones gráficas no quiere decir otra cosa sino que el estado de estos saberes es todavía incipiente; y que sus principios se encuentran aún distantes de ser captados por el hombre para sus configuraciones esquemáticas pretenciosas de certeza.

Se quiere afirmar dogmáticamente que los campos donde los fondos espirituales actúan no pueden quedar encuadrados en trazos y valores numéricos por cuanto el factor «libertad» impide, casi por principio pensar en fenomenologías uniformes. Sin embargo la libertad, que es un elemento de gran profundidad en la vida individual (13), ofrece poca o muy lenta influencia en los conjuntos; mi libre propósito de echar hoy una carta sin sello al correo, de casarme al cumplir la

---

(13) Hoy se trata el tema del libre albedrío con perspectivas más científicas. Vid. ECHARRI, S. J., **Necesidad, contingencia y libertad,** y ROIG GIRONELLA S. J., **Metafísica de la libertad humana,** en Pensamiento, 1956, págs. 127 y 215. Cfrs. también el examen que hace ante el enorme número de factores que gravitan sobre la libertad, el P. ROLDAN S. J. en **Diez y nueve zonas de determinismo en la actividad del hombre compatibles con la libertad,** en Pensamiento, 44, 1955; llega a la conclusión de que la libertad es el «poder de oponerse a Dios y de trastornar de algún modo sus planes»: por lo que el hombre normal, concluímos nosotros, es aquel que más se acerca en su obrar a la misma naturaleza de las cosas incluyendo la suya propia. De ahí la importancia del estudio de esa naturaleza y de los modos normales de suceder planificados en la ordenación creadora... Por lo demás debe quedar bien claro que hoy los problemas del determinismo y de la libertad tienen planteamientos que difieren profundamente de los argüidos en las falsas polémicas del materialismo decimonónico (PLANK, **Determinismus oder indeterminismus,** Munich, 1937); y que con tal planteamiento actual todos los campos del mundo se han apretado en más firme haz bajo un signo de un mayor espiritualismo; no es la materia natural la que informa al hombre; es el soplo de Dios el que anima a todo lo creado. Los grandes místicos y los soñadores poetas no erraron al descubrir el alma de las cosas; ese arcano que en cada orden del mundo se aleja sin cesar a cada paso y a cada conquista.

edad de 25 años, de hurtar una cartera con dinero o de confesarme cada dos meses, altera muy poco las grandes constantes estadísticas, dentro de mi grupo y ciclo, del número de cartas que aparecen sin sello, del de los matrimonios que se celebran a la edad de cinco lustros, de la cantidad de hurtos cometidos o de la cifra de confesiones hechas. La alteración de estos tipos de constantes (variables, a su vez, de funciones que ya comenzamos a conocer) es obra lenta de suyo y esforzada cuando se quiere actuar sobre ellas.

Por otra parte también se esgrime frente a las tentativas nomográficas en los saberes humanísticos que las expresiones lineales, de planos o numéricas, aquí, sólo ofrecen sistemas irregulares de escaso aprovechamiento. Pero quien se asome a cualquier estudio de aplicación matemática sobre ciertos experimentos atómicos (y pongo el más radical extremo) se asombrará al ver que para cada curva que responde a funciones sencillas hay cientos que ofrecen panoramas dispersos, heterogéneos y desiguales, enormemente espectaculares y alocados, que sólo pueden ser entendidas, y no siempre, con altas aplicaciones del cálculo superior (14).

---

(14) Vid. entre los trabajos recientísimos, un gran número de expresiones gráficas para fenómenos nucleares en D. J. HUGHES y J. A. HARVEY, **Neutron Cross sections,** New York, 1955, sobre todo, a partir de la pág. 54 y sigs. La mayor parte más parecen referirse a fenómenos sociales y psicológicos que a experimentaciones físicas. Estas también tienen a la imprecisión y a la irregularidad como compañeras habituales.

Pero aún en aplicaciones más simples de ciertas fórmulas que admiten expresiones gráficas se advierte igualmente el carácter aproximado del cálculo. Tomo al azar unas experiencias sobre el rendimiento de los fertilizantes debidas a MITSLHERLICH **(Bodenkunde für landwirte forstwirte und gärtner,** Verlang, 1950); se averigua que tal rendimiento obedece a la expresión $\frac{dy}{dx} = (A - y\,C)$; ecuación en la que **y** significa ese rendimiento cuando **x** es la cantidad de abono experimentado y **C** es una constante averiguada con otras investigaciones; integrándola se llega a una igualdad que permite ser representada gráficamente por una curva parabólica que conduce a pensar que el rendimiento tiende a un máximo que se encuentra en el infinito. Naturalmente la realidad es bastante distinta: pero la ecuación tiene un amplio y excelente campo de aplicabilidad técnica.

Es decir, que la exactitud no la hallaremos nunca en ningún orden de la creación. La naturaleza no es exacta, tiene «juego»; y pequeños recintos

Con todo, no se puede hablar aún de nomografía jurídica como se puede ya hablar, en cambio, de nomografía económica. Menos aún de nomografía romanística.

Sin embargo es aquí, en nuestro ciclo cultural romano, tan completo, tan definido, como un tentador y amplio campo de experimentación, donde acaso podamos hallar los gérmenes para iniciar algunos ensayos de nomografía jurídica.

* * *

Debemos tener presente una primera observación. No obstante contar entre nuestros romanistas de la centuria XX con algunas personalidades que franca o encubiertamente se han orientado hacia un sociologismo jurídico de notoria tendencia naturalística o han tocado temas que con él se relacionan o se pueden relacionar, resulta difícil encontrar en ellos referencias a expresiones gráficas que acompañen de un modo esquemático a los principios que han intentado descubrir o pretenden presentar como verdades científicas (15).

Todavía hay que advertir otra cosa. Las poquísimas tentativas publicadas en tal respecto aparecen como ensayos, puramente ilustrativos, no cuantificados, de pura impresión o tendencia que, además, en algunos casos, van acompañados de un montón de salvedades y precauciones.

---

de ignotas libertades se hallarán allí donde pongamos los ojos y menos lo pensemos. Como se encontrarán constantes matemáticas asombrosas en el libertinaje literario de BAUDELAIRE, con el frío análisis estadístico de sus escritos, que empequeñecen de un modo extraordinario el área de indeterminación tan típica, aparentemente, de la producción artística.

(15) IHERING, BONFANTE, SCHULZ, DE FRANCISCI, nos ofrecen tratamientos de indudable intención científica. Nos habla BONFANTE incluso del descubrimiento de leyes con franco sabor estadístico, en su **Diritto romano,** Firenze, 1900, pág. 14, pero ninguno de ellos se arriesga a presentarnos expresiones gráficas.

BLUHME utilizó en realidad consideraciones de tipo estadístico para sus conjeturas sobre la estructura del Digesto **(Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln,** ZGRAW, 4, 1918). Y SINAISKI **(Ordre des matieres dans la legislation de Justinien,** Studi Albertoni, 1, 1938) también se aprovecha de curiosas aplicaciones de la misma naturaleza para llegar a determinadas conclusiones. Pero ninguno de los dos pasa de ahí.

Muy pocos, pues, y de un valor tendenciosa y miedosamente simbólico.

Vamos a ver sucintamente varios de ellos, para después consignar algunos primeros resultados nuestros que, aún incipientes y sencillos, suponen un paso adelante por ser cuantificados.

* * *

Débese uno de los ensayos a RICCOBONO (16) con motivo de un estudio sobre la formación dogmática del sistema de contratos. Lo presenta sin reserva alguna.

Después del análisis de la introducción de un comentario de ULPIANO al título *de pactis,* dice el ilustre romanista, podemos resumir el resultado en un cuadro que nos ofrece con todo relieve la línea teórica del parecer ulpianeo.

*Pactio* (*pactum*) es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto. El término expresivo y realístico que sirve para designar cualquier acuerdo es *conventio.* Tal término es general en el sentido que comprende todos aquellos acuerdos que dan vida a los negocios del comercio. PEDIO dice elegantemente que no existe negocio bilateral que no esté fundado en una convención. En todo negocio solemne hay siempre una convención aunque no aparezca al exterior; así en la *mancipatio,* en la *in iure cessio,* en la *dotis dictio*... En los actos del *ius gentium* la convención es bien visible.

En la mayor parte de las convenciones surgen nombres propios con los que se designan y distinguen.

El complejo puede ser dividido en tres clases:

1) Las *iuris civilis* o sea las reconocidas por el *ius civile,* que son solemnes, públicas o privadas.

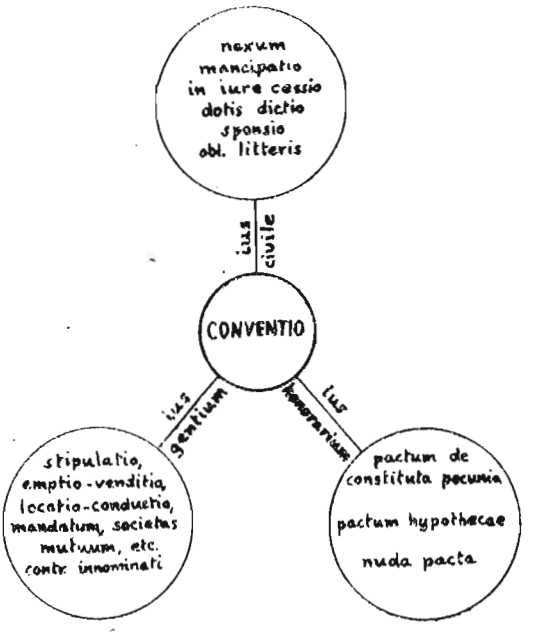
2) Las reconocidas por el *ius gentium,* que no tienen forma; de ellas unas ofrecen causa típica y adoptan nombre propio; otras con una causa genérica vienen con el tiempo siendo provistas de acción civil sin tener nombre especial.

---

(16) **La formazione della teoria generale del «contractus»,** Studi in onore di P. Bonfante, 1, 1930, págs. 147-148.

3) Las reconocidas por el pretor y protegidas por acciones, aunque en general lo que el pretor ofrece es una *exceptio* si no son contrarias a la ley o no fueron concluídas con dolo.

La doctrina expuesta por ULPIANO se puede representar en este esquema gráfico:




«Así podemos decir, termina RICCOBONO, que la jurisprudencia romana había hallado en pleno período clásico un elemento común a todos los negocios del comercio en el que confluían todas las varias figuras desarrolladas en el tiempo y que se venían dibujando poco a poco; un punto central que debía ofrecer una gran fuerza de atracción para llegar a la

unificación de todas las clases, grupos y tipos que históricamente se habían desarrollado con carácteres propios, con independencia y con diversidad en sus presupuestos, en su forma y en sus efectos. Este punto central fué la *conventio*».

La cuestión, hoy algo más discutida, en algún detalle, se presta bien a una expresión gráfica. Pero con seguridad que se podría mejorar mucho la publicada por RICCOBONO representando la *conventio* por una franja prolongada a través de todos los períodos históricos y superponiendo los grupos del *ius civile*, del *ius honorarium* y del *ius gentium* en sus respectivos lugares temporales también en franjas de la longitud pertinente, debidamente estratificados.

* * *

Otra de las tentativas se debe a BARTOSEK, profesor de Derecho romano en Praga, apropósito de un trabajo sobre los actos de emulación (17).

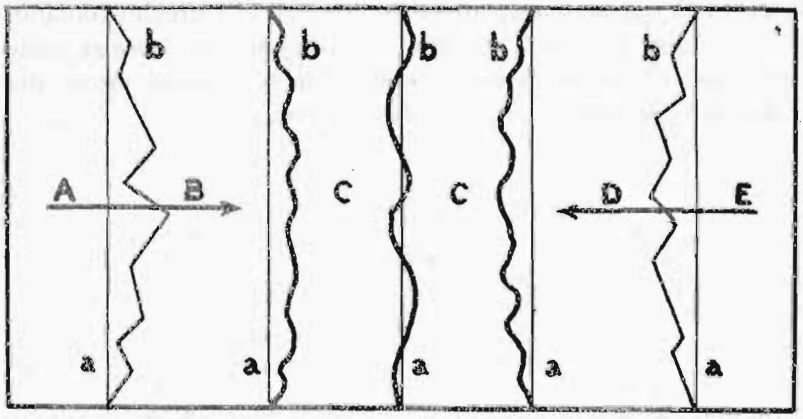
Se llega a la conclusión, escribe, de que la estructura fundamental del ordenamiento jurídico divide todos los actos humanos en lícitos e ilícitos. Los romanos sabían bien que los actos del hombre son francamente divisibles desde ese punto de vista (D. 1, 1, 1, 1, GAYO, 4, 139...).

Después del campo de los actos lícitos, que es claro porque derivan directamente de la norma jurídica, viene un espacio dudoso donde parece probarse que algunos actos son lícitos respecto a los intereses legítimos de la parte y que son protegidos por la norma sólo indirectamente. Sigue una zona fronteriza, neutral, en medio de la cual se halla un límite imaginario entre los actos lícitos y los ilícitos; dentro

(17) **Sul concetto di atto emulativo specialmente nel diritto romano,** ACIDR, 3, 1953, págs. 232-234.

de ella se enfrentan unos y otros. A continuación viene el campo de los actos ilícitos prohibidos sólo indirectamente, y después los actos prohibidos por la norma jurídica de un modo directo.

Una ilustración gráfica (con todas las reservas —recalca— derivadas del hecho de que los fenómenos sociales no pueden, exactamente, ser reducidos a esquemas y diagramas) sería la siguiente:




A actos lícitos (directamente)
B » » (indirectamente)
C zona fronteriza (spec. incerta)
D actos ilícitos (indirectamente)
E actos ilícitos (directamente)

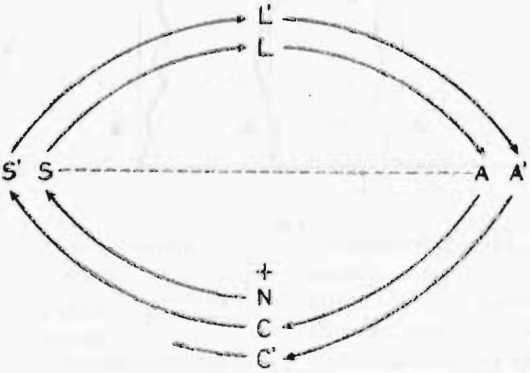
a) límites teóricos
b) » reales
⟵ ⟶ tendencias a precisar siempre por el ordenamiento jurídico.

Este esquema parece algo complicado, sigue explicando su autor, y artificial; pero se puede aclarar con cualquier ejemplo sacado del campo vastísimo de las *immissioni* elaborado ya cumplidamente por los juristas romanos. Y partiendo del D. 8, 5, 8, 6, explica la zona clara de protección directa, la más atenuada, sólo indirectamente protegida, y la franja polémica llena de dificultades interpretativas donde se alcanza el tema del abuso de derechos.

El gráfico es algo ingenuo y un tanto convencional. Pero resulta sin duda expresivo, científico y no discutible en su esencia representativa. Se puede mejorar.

* * *

El romanista español A. D'ORS, insospechadamente, ha hecho también uso de la expresión gráfica con positivo acierto refiriéndose a lo que él llama «ciclo de producción jurídica» (18) que se puede aprender bien en el Derecho romano. Advierte que el dibujo explica sumariamente el suceso como signo que el lector deberá ampliar en su natural desarrollo y posibles peripecias. Puede describirse así:




Partimos (+) de la naturaleza de las cosas (N) como realidad primaria, dice D'ORS, que contempla el juez (o el que asume la función de enjuiciar), el cual no puede dejar de observarla al dar su sentencia (S); de otra suerte, su sen-

(18) **Los romanistas ante la actual crisis de la ley,** Madrid, 1952, pág. 8.

tencia sería injusta. La sentencia (S), como formulación concreta (casuística) de prudencia jurídica, engendra la formulación general de la ley (L). Esta se impone como derecho positivo, es decir, impuesto al juez para su aplicación (A); el juez observará así el nuevo dato legal; de otra suerte, su sentencia sería ilegal. De todos modos, la actitud del juez a los dos extremos de la línea judicial (S y A) no es esencialmente distinta, pese a que se haya introducido la norma «positiva». La aplicación (A) de la ley supone su realización en la vida social mediante la formación de una costumbre (C), que viene a ser una «segunda naturaleza». Nuevamente, a partir de esa naturaleza de las cosas, confirmada o modificada (evolución jurídica) por la costumbre judicial, el juez extrae nuevas decisiones o sentencias (S'), que ocasionarán, al sentar una nueva jurisprudencia, cambios legislativos (L'), los cuales se impondrán al juez (A') para influir en la realidad (C'), y así sucesivamente.

El gráfico me parece muy significativo y puede dar motivo para meditaciones importantes. Quizá podría ser «relativizado» a las circunstancias romanas en función de los siglos y para algunos institutos bien conocidos con curiosas perspectivas.

* * *

BARTOSEK, vuelve, en un trabajo más reciente, (19) a usar el esquema para describirnos esta vez su idea general del Derecho como trámite previo a la fijación —dice— del concepto actual y urgente del Derecho romano.

Debemos concebir el Derecho, como cualquier otro fenómeno social, cual proceso complejísimo en el que obran infinidad de influjos, dilemas y contradicciones. Este proceso

(19) **Come si dovrebbe studiare attualmente il Diritto romano**, Studi in onore di V. Arangio Ruiz, 1, 1953, págs. 324-327.

—indica— puede ser estudiado teniendo en cuenta estas cuatro direcciones principales:

1. Base material de tipo primordial y orgánico que podría decirse económico-social, que influye y es influída por

2. Una superestructura ideológica (en la que se comprende el Derecho y el Estado) que tiende a servir a la base corroborándola o desenvolviéndola. Esa superestructura, de suyo compleja, ofrece partes muy diversas que no deben figurar como estratos precisos y estancos, sino como esferas o centros de actividad que se influyen entre sí e influyen a su vez en la base económico-social. Estudiar la intensidad, el grado y el modo como el Estado y el Derecho actúan sobre la base económico-social es la función principal del jurista.

3. Dentro de la superestructura todos los fenómenos viven y se desarrollan según leyes propias en evoluciones interiores que trascienden a su alrededor; pero sin entendr qué él Estado y el Derecho sean instituciones independientes.

4. Así en la compleja evolución de la base económico-social se incluye la de la superestructura con el Estado y el Derecho, como un panorama general y presentes los varios puntos de vista de todos los fenómenos conexos que deben, por tanto, ser conocidos teniendo en cuenta a su vez sus respectivas circunstancias.

Resulta pues, según BARTOSEK, que la base económico-social está constituída por el ordenamiento económico de cada etapa histórica en relación con el complejo de las relaciones humanas concernientes a la producción. La superestructura ideológica comprende las opiniones políticas, jurídicas, filosóficas, artísticas religiosas, etc., pero no las instituciones correspondientes. La base sirve a la sociedad económicamente: la superestructura crece orgánicamente sobre la base; y la ayuda si es útil o la combate si es vieja. En ella, en la superestructura, el Derecho se distingue de los otros fenómenos como un conjunto normativo.

Estas ideas permiten formar el siguiente esquema grá-

fico (con todas las reservas —vuelve a insistir— necesarias en cualquier ilustración lineal de fenómenos sociales):

El pensamiento de BARTOSEK incierto en la preeminencia que concede a la base económico-social, aunque cierto en la captación de la heterogeneidad de un fenómeno tan exageradamente afectado por numerosos factores en medio de interferencias difíciles y múltiples, no halla muy feliz expresión en el gráfico que antecede. Referido el tema sólo al Derecho positivo hubiérase encontrado más adecuado diagrama en las imágenes moleculares (cadenas cíclicas) de algunos compuestos muy complejos estudiados en química orgánica que podrían trasplantarse, sin forzado analogismo, al caso, con más garantías para su representación esquemática y simplificada.

* * *

Utiles en algunas ocasiones, no parecen, sin embargo, muy convincentes las expresiones gráficas sin cuantificar como guía y luz para un estudio de cierta calidad.

Veamos si enseñan algo más estas tres muestras que,

con las debidas reservas ofrecemos después de haber jugado largos ratos con multitud de fichas y números (20):

1.º TRAYECTORIA GENERAL DE LA PRODUCCION LEGISLATIVA ESTATAL EN ROMA.—Es sabido que los textos no suelen confundir la ley, como producción directa del estado, con las otras expresiones del Derecho debidas a los magistrados y a los jurisconsultos. Son muchos los que aglutinan claramente como etapas sucesivas de una misma y única cosa, las leyes comiciales (sin distinción), los senadoconsultos y las constituciones imperiales (de carácter general) (D. 1, 21, 1; 2, 14, 7, 7; 3, 4, 1, pr.; 4, 6, 1, 1; 10, 2, 2, pr...).

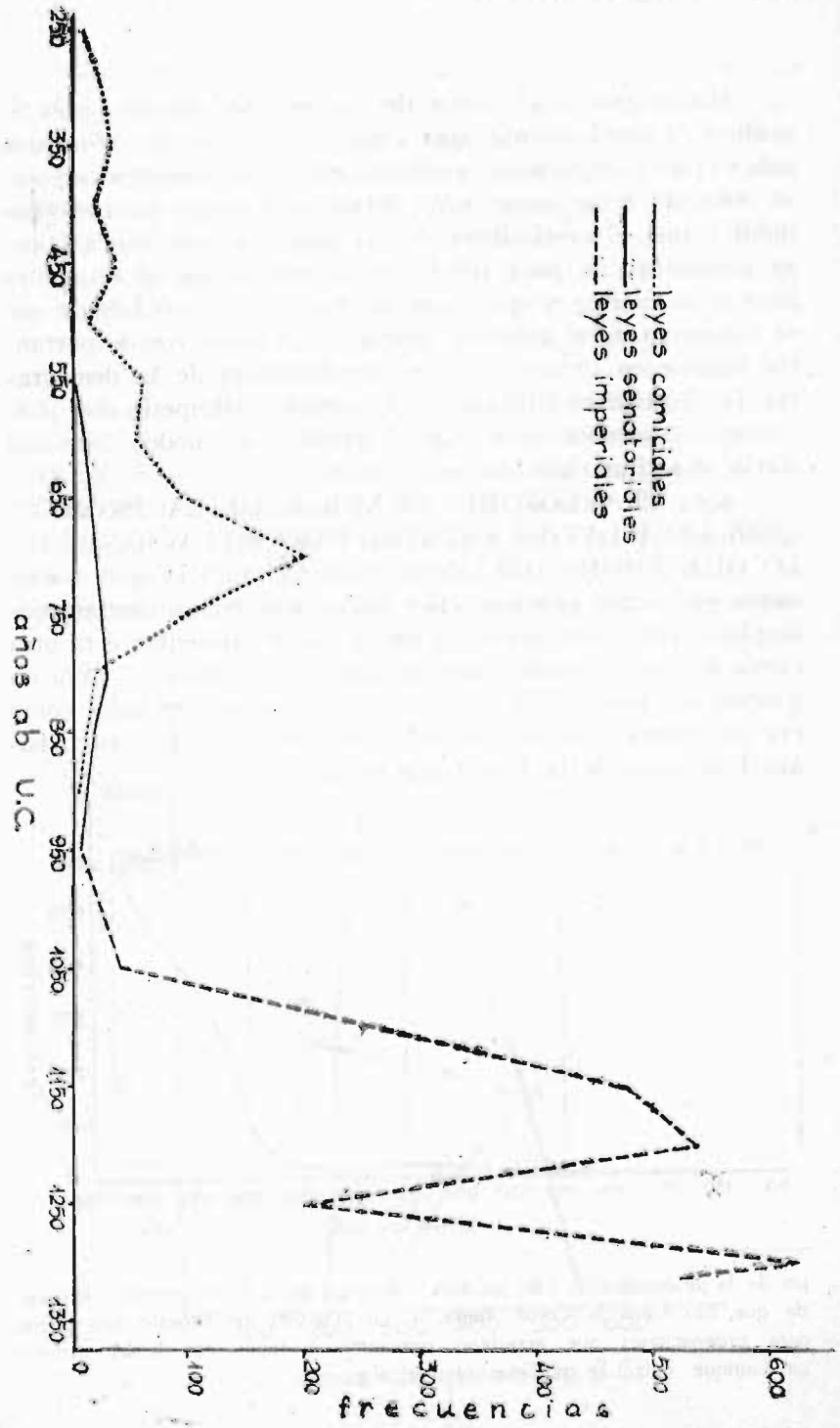
He aquí, con los datos que hemos podido reunir, es decir, con el número de leyes y plebiscitos, senadoconsultos y constituciones que han llegado a nosotros de alguna manera, fechadas o fácilmente localizables en el tiempo, la curva de la producción legislativa del estado romano; fijando en la coordenada horizontal series sucesivas de cincuenta años (cronología U. C.) y en la vertical el número de frecuencias o impactos legislativos (número de leyes promulgadas en cada período de diez lustros) sin distinción alguna, y, por tanto, referentes a relaciones que ahora englobamos en el derecho público y a relaciones que afectan a personas, familia, patrimonio y sucesiones:

---

(20) Las curvas que presentamos están formadas mediante estadísticas provisionales confrontadas, respecto a las leyes comiciales, con las listas de COGLIOLO, **Manuale deile fonti del Diritto romano,** Turín, 2, 1887, y ROTONDI, **Leges publicae populi romani,** Milán, 1912; en cuanto a los senadoconsultos con las relaciones de RIVIER, **Introduction historique au Droit romain,** Bruselas, 1881, LANDUCCI, **Storia del Diritto romano,** 1, Verona, 1898 y O'BRIEN MOORE, en PWRE, sup. VI, 1935; y por lo que afecta a las constituciones con los índices de HAENEL, **Corpus legum ab imperatoribus romanis...** Leipzig, 1857, y nuestro propio fichero de ellas.

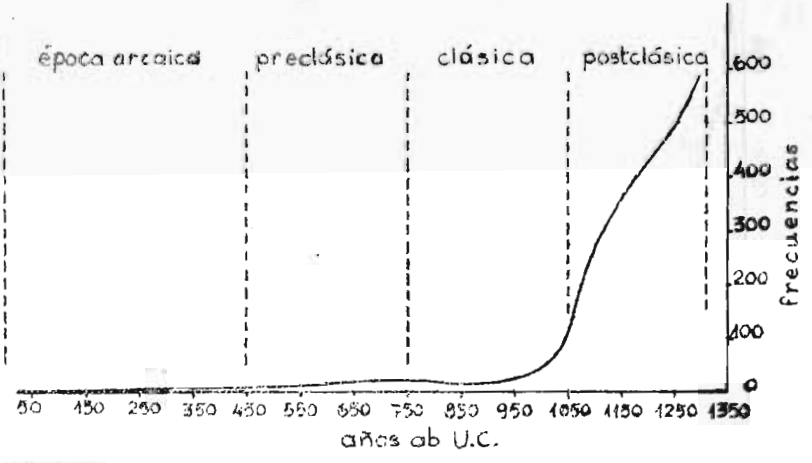
Hoy deberíamos revisar tales tipos de contabilidades no sólo por las discordancias que se observan entre las distintas relaciones, sino también porque han variado las cosas en estos últimos lustros con motivo de algunos nuevos descubrimientos y de algunas correcciones impuestas por la crítica contemporánea.

Con los números logrados y con clasificaciones internas de variadas perspectivas es posible formar mayor cantidad de gráficos, por lo menos, curiosos. Pero es una pena que no podamos trabajar en el importante cam-


leyes comiciales
leyes senatoriales
leyes imperiales
años ab U.C.
250
350
450
550
650
750
850
950
1050
1150
1250
1350
0
100
200
300
400
500
600
frecuencias

Hago gracia al lector de comentario alguno, pues el gráfico es precisamente para estudiar sobre él (o sobre otro más exacto y minucioso), y ello excede de la intención con que se redactan estas líneas. Sólo debemos observar para el gran público que el crecimiento de las leyes es progresivo, como ya sabíamos con poca precisión, a medida que el estado se hace más fuerte; y que bajo los tres grandes máximos que se advierten en el trazado, quedan integrados tres importantes fenómenos críticos: el desmoronamiento de la democracia, las invasiones bárbaras y la muerte del Imperio con JUSTINIANO, sucesivamente. En el gráfico se pueden leer con cierta exactitud muchas más cosas.

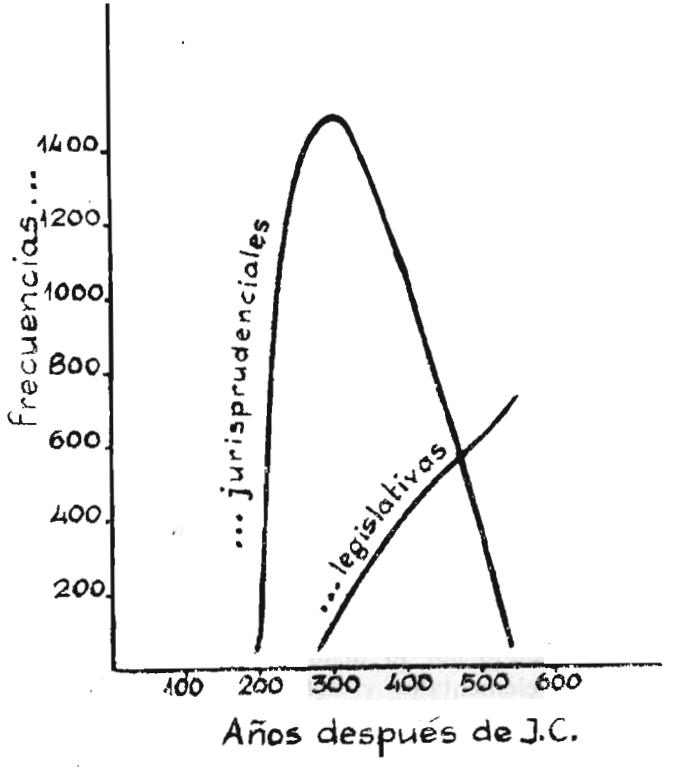
2.º TRAYECTORIA GENERAL DE LA PRODUCCION LEGISLATIVA ESTATAL PARA RELACIONES DE LO QUE AHORA DECIMOS DERECHO PRIVADO.—Con datos ya menos precisos (por jugar con cifras medias más amplias) pero muy aproximados se puede presentar esta otra curva de forma menos irregular que por lo pronto acredita un proceso de producción más uniforme y poco afectado, como era de esperar, por los períodos críticos, salvo el esencialísimo fenómeno de la hipertrofia final:




po de la jurisprudencia, con los tres millones y pico de fragmentos jurísticos de que nos habla la Const. **Tanta,** 1. Los 150.000 del Digesto son pocos para ordenaciones que acrediten principios o leyes con bases numéricas aunque quizá se pudiera intentar algo.

Sólo queremos llamar la atención del largo recorrido de siglos en los que apenas legisla el estado romano para las relaciones familiares, derechos reales, obligaciones y sucesiones; y del rápido crecimiento de la producción legislativa a través del bajo imperio. El mejor régimen jurídico de aquella sociedad, unánimemente situado en las zonas preclásica y clásica, no se debe al poder público. Un trazado menos macroscópico —posible ciertamente— permitiría al estudioso obtener observaciones interesantes que en exposiciones literarias no son fáciles de captar.

3.º DOBLE TRAYECTORIA DE LA PRODUCCION LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LOS EMPERADORES.—Con las cifras manejadas, también por períodos de cincuenta años, referentes a constituciones que algo convencionalmente podemos decir jurisprudenciales, y a constituciones que en rigor son ya normas de carácter general, en apreciación un tanto ligera, hemos obtenido estas dos curvas:



El gráfico es por de más expresivo. Obsérvese, sin embargo, que la sustitución del jurisconsulto, como figura personal trascendente, por los monarcas, es rajante y precipitada; y que lo jurisprudencial de la jefatura del estado cede rápidamente ante la crecida acelerada de lo legislativo. La crisis final del imperio coincide con el mínimo de aquello y con el máximo de esto.

De cualquier forma se aprecia que el peor enemigo del Derecho es la ley pública; y que la hipertrofia legal, en todo sentido, coincide siempre con períodos sociales turbulentos o decadentes.

* * *

Estos ensayos tienen, entre otros posibles defectos, dos que con toda seguridad no han pasado inadvertidos al lector: primero, que están elaborados con cifras que no responden a la realidad en cuanto que no podemos tener certeza de que hayan llegado a nosotros todos los documentos legislativos y, en su caso, jurisdiccionales, que debió haber auténticamente; segundo, que se tratan como entidades de igual valor intrínseco (contenido, extensión, preceptuación...) las que pudieran ofrecerlo en muy distinto grado.

Cierto. Pero hay que trabajar con lo que se tiene y se puede. Y además, por lo que toca el primer extremo no hay grave inconveniente en partir de una presunción (*iuris tantum*, naturalmente) que nos conduzca a distribuir probabilísticamente las pérdidas por igual o en determinadas proporciones; asunto que podría ser objeto de muy culta discusión; y por lo que afecta al segundo se puede también partir de otra presunción de equivalencia pues, tras un estudio algo superficial del asunto, ya hecho, los extremos representados por leyes largas y cuasi articuladas y por leyes brevísimas no alteran demasiado la apreciación de que la inmensa mayoría de ellas responden a una media obtenida con bastante exactitud. Se ha tratado por lo demás de estimar tan solamente algunas series elementales y determinadas de impulsos legislativos.

El caso excepcional de las XII tablas no altera la línea general del fenómeno tal como lo queríamos presentar, pues su valor cuántico de impulso legislativo es normal en relación con el hecho de ser consideradas como simple redacción ya pública de unos ordenamientos que el elemento patricio venía viviendo quizá consuetudinariamente sin declaración estatal. Con todo si se quisiera consignar el caso con una pronunciación más o menos aguda en el momento pertinente para curvas más minuciosas y limitadas, ello, con sucesivos picos de desigual altura, no difíciles de trazar, nos llevaría a nuevas expresiones gráficas con otros horizontes más específicos.

* * *

Terminamos con la misma interrogación del título. ¿Puede ser iniciada la nomografía romanística en algunos campos de nuestra disciplina? ¿Sería útil?

CARLOS SÁNCHEZ DEL RÍO Y PEGUERO

*CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO*
*EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA*

# EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

## I

La cuestión de las lagunas del ordenamiento jurídico llamó la atención de los teóricos de la dogmática jurídica alarmados ante el espectro del derecho natural que amenazaba introducirse, por aquel portillo, en los perfectos sistemas del positivismo jurídico. Negación de las lagunas y afirmación de la plenitud del ordenamiento jurídico parecían posiciones obligadas frente a cualquier intento de penetración iusnaturalista en el derecho positivo.

Ya BERGBOHM, en el mayor alegato que se ha escrito contra al derecho natural (1), intentó conjurar el peligro negando la posibilidad de lagunas en el ordenamiento jurídico. Se trataba, en el fondo, de una defensa de las posiciones conquistadas por la dogmática jurídica. Hoy, presenta otros relieves el tema, pues principalmente asaltan las dudas y dificultades de cómo acompasar la relativa permanencia de lo normativo con la realidad social. ¿Es posible salvar el abismo entre la creciente movilidad de la realidad social y las formas jurídicas abstractas? ¿Se puede conciliar el valor objetivo de lo justo con la forma jurídica y, a su vez, con la misma realidad social?

Todas estas cuestiones importantes caían dentro de una estricta perspectiva jurídica: «relaciones entre derecho y juez,

(1) **Jurisprudenz und Rechtsphilosophie.** Leipzig 1892, págs. 372 y ss.

entre ley y derecho, entre coacción y libertad, entre derecho positivo y derecho natural» (2).

Hoy, el punto de vista, aunque no el problema, ha cambiado al intentar conciliar derecho y formas sociales, justicia y clases sociales, formalismo jurídico, estimativa jurídica y realidad social.

Es notorio que existen Constituciones políticas puramente nominales en el sentido de que están vigentes pero carecen de eficacia social. El decreto y las ordenanzas sustituyen a la ley como instrumentos normativos, la normatividad jurídica va frecuentemente a la zaga de la normalidad social.

Antes recaía el problema sobre la primacía de la norma jurídica, en su estricta formalidad, hoy alarma la insuficiencia de esa forma nuda para regular la convivencia.

Ahora bien, el problema de las lagunas del ordenamiento jurídico no puede ser enfocado y resuelto con los criterios y métodos propios del positivismo jurídico, hay que recurrir a otros instrumentos más propicios que estén enraizados en la realidad social.

La exigencia de una perspectiva sociológica es imprescindible en cualquier rama jurídica, pero, particularmente, en el derecho constitucional.

Por otra parte, es un hecho curioso que siendo muy grave el problema de las lagunas dentro del derecho constitucional, apenas se ha dedicado a esta cuestión alguna monografía o estudio especial. La doctrina se ha contentado con observaciones de pasada (3) (4).

---

(2) Ernesto ZITELMANN, Las lagunas del derecho (Trad. de Carlos G. Posada), en «La ciencia del derecho». Losada. Buenos Aires 1949, pág. 290.

(3) Si prescindimos del trabajo de ANSCHÜTZ, **Lücken in den Verfassungs-und Verwaltungsgesetz**, en «**Verwaltungsarchiv**», vol. XIV, 1906 y del breve pero fino estudio de Santi ROMANO: **Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale**, en «**Scritti minori**», **Raccolti e pubblicati a cura di Guido ZANOBINI**. Giuffrè. Milano 1950, págs. 371 y ss., dedicados particularmente a este tema, los diversos autores que en adelante citaremos, lo abordaron de pasada. En derecho administrativo, aparte del citado ANSCHÜTZ, Cfr. Manuel Francisco CLAVERO AREVALO, La doctrina de los principios generales del Derecho, en «Revista de Administración pública». Año III, nú-

Y sin embargo, un complejo haz de problemas conexionados con el que aquí nos ocupa, encuentra sus raíces profundas en el suelo del derecho constitucional: interpretación de la voluntad legislativa; problema de las fuentes del derecho; conflictos constitucionales; naturaleza jurídica de los derechos de libertad; posición constitucional del juez; división de poderes... (5).

Conviene recalcar que todas estas cuestiones, estrictamente jurídicas, cobran un cariz especial si las iluminamos con la luz que procede de la perspectiva sociológica, enmarcándolas en la situación nacional concreta. Entonces calamos en su actual significación y entraña y vemos multiplicarse también los problemas.

El planteamiento correcto para resolver la cuestión ha de tener en cuenta que el ordenamiento constitucional no debe considerarse como un complejo abstracto de normas (6). Esto implica la revisión del concepto formalista de Constitución y, al mismo tiempo, exige una consideración sustancial de la misma, único camino para llegar a una solución satisfactoria (7).

---

mero 7. Madrid, págs. 62 y ss.; 96 y ss. Cfr. la referencia que hace al derecho comparado Enrique MARTINEZ USEROS, en las notas al Derecho administrativo de Carlos GARCIA-OVIEDO, 5.ª ed. Eisa. Madrid 1955. Tomo I, pág. 65. En Derecho internacional, Alfred VERDROSS, **Völkerrecht.** Springer-Verlag. Wien 1950, págs. 120-121 (y bibliografía citada). En Derecho canónico; Anna RAVA, **Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica.** Giuffrè. Milano 1954.

(4) Según Egon ZWEIG el dogma de la plenitud del ordenamiento constitucional fué mantenido por los constituyentes de la revolución francesa, **«Die Lehre vom Pouvoir Constituant»** J. C. B. Mohr. Tübingen 1908, páginas 303 y siguientes.

(5) Donato DONATI, **Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico.** Società Editrice Libraria. Milano 1910, págs. 19 y 20.

(6) Coincide Santi ROMANO, loc. cit., pág. 371.

(7) Cfr. en este sentido, nuestro trabajo «Constitución», en «Nueva Enciclopedia jurídica Seix». Barcelona 1953, págs. 210 y ss. y particularmente pág. 222. Justamente Vincenzo MICELI afirma: **«L'ordinamento giuridico non è qualche cosa che esista in sè e per sè stesso, ma esiste per il conseguimento di questo scopo e perciò non può essere valutate se non per il**

Si mantenemos que la Constitución no se agota en la mera expresión de sus normas y que éstas se fundamentan en una base también jurídica, pero enraizada en la realidad social, entonces se nos presentarán las lagunas no como deficiencias legales, o como *simple ausencia normativa* ante un hecho constitucionalmente relevante que necesita la regulación legal, sino como *fallas institucionales* que deben ser corregidas.

Por eso la pretensión positivista de que el ordenamiento jurídico formalmente es completo, no encuentra fundamento cuando se recurre a criterios de fondo que frecuentemente dicen todo lo contrario, esto es, la existencia de lagunas.

La tensión existente entre la rigidez formal, a que suele tender todo ordenamiento jurídico, y la realidad social subyacente, hace que se rompa el equilibrio alcanzado cuando surgen nuevas fuerzas y relaciones sociales. Este hecho se produce a veces en el orden constitucional, pues a pesar de sus pretensiones de preveerlo todo lleva implícita la existencia de lagunas, o la posibilidad de que éstas surjan.

Esta afirmación no debe alarmar, sino todo lo contrario, es prenda segura de la movilidad y categoría vital del derecho que no se contenta con los esquemas adquiridos y quiere innovar evitando el anquilosamiento (8).

---

**modo come lo consegue. A tal uopo esso deve quindi essere considerato, non più rispetto alla sua forma soltanto, ma sopra tutto rispetto alla vita sociale, per cui esiste e alla quale deve applicarsi. Che importa di sapere se l'o. g. è completo nella sua forma, se poi non risponde alle esigenza della vita? («La completezza dell'ordinamento giuridico»,** en **«Rivista internazionale di Filosofia del Diritto».** Anno V, 1925, pág. 92. Advierte, claramente, el lado sociológico de la cuestión, Hans HUBER en **Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts** en **Rechtsquellen-probleme im schweizerischen Recht. Berner Festgabe für den schweizerischen Juristenverein** Verlag Stämpfli & C. Bern 1955, págs. 97-98.

(8) Partiendo del carácter abstracto de la ley. (Sobre esto Cfr. Vincenzo MICELI, **Il diritto positivo e il sistema giuridico,** en **«Rivista di diritto civile».** Società Editrice Libraria. Milano 1914, año XVI, págs. 328-329), Tulio ASCARELLI afirma que la pretendida **incompletezza** del ordenamiento jurídico se reduce a la generalidad de la norma jurídica, a su carácter abstracto, **«il cosidetto problema della incompletezza dell'ordinamento giu-**

Esto último se comprueba, claramente, en las Constituciones flexibles, de raíz consuetudinaria o de tipo histórico, en las cuales la posibilidad de lagunas es algo implícito, pues la misma costumbre va colmándolas en su desarrollo (9).

La Constitución no posee aquí un carácter definitivo, se va elaborando y completando a través del tiempo, de suerte que la existencia de las lagunas invita a su rápida y lograda integración, lo que prueba su vitalidad y continuidad.

---

ridico è appunto quello dell'incapacità insita nella sua astrattezza». (Il problema delle lacune e l'art. 3 Disp. Prel. nel diritto privato, en «Archivio giuridico», Modena 1925, págs. 244 y ss. El autor italiano continúa afirmando que para examinar el problema de las lagunas debe distinguirse la investigación exegético-dogmática de la histórico-filosófica. Desde este segundo punto de vista la existencia de las lagunas (incompletezza dell'ordinamento giuridico) es indiscutible, en tanto que según la visión dogmática el ordenamiento jurídico es completo. El ilustre mercantilista resume así los dos aspectos de la cuestión: «Da un lato l'esigenza e necessità di resolvere ogni possibile controversia, esigenza e necessità rigorosamente affermata dal diritto nelle sue stesse premesse come nelle sue norme positive, ed intrinseca al ordinamento politico-sociale, dall'altro l'astrattezza della norma giuridica e cioè la sua incapacità a risolvere il caso concreto; l'antinomia sembra insolubile e la sua soluzione e la conditio sine qua non di ogni ordinamento giuridico, come di ogni possibilitá di vita sociale» (ibidem, pág. 249).

Pese al ingenio que demuestra ASCARELLI, al separar los dos puntos de vista para enfocar el problema, en el fondo se trata de salvar la plenitud del ordenamiento jurídico abandonando las lagunas al plano de una empresa metajurídica, la por él llamada investigación histórico-filosófica. Ahora bien, podemos plantear los siguientes reparos; 1) que la generalidad de la norma sea una de sus características es algo que dista mucho de ser admitido por la doctrina de modo unánime (Cfr. en este sentido F. PERGOLESI, **Saggi sulle fonte normative.** Giuffrè. Milano 1943, págs. 13 y ss. Hay ediciones posteriores); 2) no parece satisfactoria la identificación del carácter abstracto de la ley con la carencia de plenitud del ordenamiento jurídico, pues existe aquí un salto lógico que utiliza la comprobación de zonas concretas sin regulación legal, para apuntar una de las dimensiones que precisamente se discute como apropiada; 3) la creciente crisis de la normatividad no autoriza a equiparar un problema de raigambre sociológica, como es la existencia de lagunas, con la abstracción de la norma.

(9) Cfr. Giuseppe FERRARI; **Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario.** Giuffrè. Milano 1950, págs. 49 y ss.

En los países anglosajones, la función creadora del juez suple las posibles deficiencias legales y donde los jueces examinan la constitucionalidad de las leyes e interpretan la Constitución existe un poderoso medio para complementar y ensanchar el orden constitucional.

En los países con Constituciones de tipo rígido, la racionalidad que inspira a estos instrumentos constitucionales parece evitar la posibilidad de lagunas (9 bis), se rechazan a *priori* como algo contrario a la naturaleza de tales prescripciones. Sin embargo, cuando se dan, ponen en peligro todo el edificio constitucional; sobre todo si estas lagunas no son meramente formales, sino institucionales, pues los procedimientos arduos y complicados que fija la Constitución para su reforma, retrasan la integración de la laguna, o la impiden si no se cumplen los requisitos formales de la revisión. Esto sucede, por ejemplo, cuando no se alcanza la mayoría calificada que se requiere.

De aquí se deduce que un análisis completo del problema de las lagunas, en el ordenamiento constitucional, deberá tener presente el tipo o clase de Constitución concreta puesto que éste condiciona el modo de plantearse e incluso resolverse el problema.

La naturaleza del ordenamiento constitucional, en la medida que apunta a bases materiales y políticas, se resiste a aceptar como valedera la posición del positivismo jurídico negador de las lagunas y mantenedor de su plenitud jurídica. Si esto fuera verdad no podría explicarse su reforma y perfeccionamiento.

La doctrina moderna ha corregido parcialmente esa postura. Se señalan dos aspectos distintos del problema. Uno

---

(9 bis) Cfr. las afinadas observaciones, sobre la eventualidad de lagunas en las Constituciones rígidas, que hace James BRYCE: Constituciones flexibles y Constituciones rígidas. Instituto de Estudios políticos. Madrid 1952, págs. 127 y ss.

formal y otro de hecho, llamados también formal y sustancial, normativo e institucional (10).

Ahora bien, en realidad, semejante distinción es muy discutible, pues la existencia de lagunas sustanciales afecta, sin duda alguna, al lado formal del ordenamiento y cuando esto sucede, en el plano constitucional, los efectos son particularmente graves (11).

Por otra parte, tampoco nos parece oportuna la distinción, dentro del orden constitucional, de lagunas de la ley y del ordenamiento constitucional. La distinción concedería la existencia de lagunas en la ley, al paso que el ordenamiento constitucional sería completo.

Este dualismo descompone el orden normativo constitucional en una serie de normas parciales susceptibles de contener lagunas o imperfecciones jurídicas, que luego serían colmadas o subsanadas al reconducir esas normas al orden constitucional pleno. El carácter unitario del ordenamiento constitucional no tolera semejante descomposición, salvo desde el punto de vista metodológico, por eso debe admitirse la posibilidad de las lagunas institucionales dentro de ese orden.

Otro error que debe ser esquivado es la absoluta equiparación de las leyes ordinarias y constitucionales en el problema de las lagunas. La postura que pretende resolver las

---

(10) MICELI, loc. cit., págs. 96-97; Enrico PARESCE, **Diritto, norma, ordinamento,** en **«Rivista internazionale di Filosofia del Diritto».** Año XIV (1934), págs. 350-351. Exactamente este autor apunta cómo la consideración de la plenitud del ordenamiento jurídico está vinculada a la afirmación positivista de que el Estado es la única fuente del derecho. En efecto, Cfr. Donato DONATI, **Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico.** Società Editrice Libraria. Milano 1910, pág. 31 (en nota).

Sobre la distinción entre el aspecto normativo y el institucional para las lagunas, Cfr. Santi ROMANO, loc. cit. pág. 376.

(11) Santi ROMANO, manteniendo de la doble consideración normativa e institucional, escribe: **«E si noti che, contrariamente all'opinione comune la lacuna c'è, anche se non manca una norma che stabilisca come ad essa si dovrà rimediare finchè non si sarà provveduto a reintegrare o sostituire l'istituzione caduta oppure a modificare le altre affinchè si possa fare a meno della prima» (Principii di diritto costituzionale generale.** Giuffrè. Milano 1946, pág. 99).

lagunas de la Constitución con los mismos criterios e idéntica problemática que en las leyes ordinarias, o que en el derecho privado, olvida el carácter de orden fundamental que posee la Constitución (12).

Las lagunas constitucionales no consisten en errores, imperfecciones de las concretas leyes constitucionales, de las prescripciones que componen la Constitución. No son defectos técnicos de tales preceptos, sino propiamente falta de regulación legal constitucional de una situación necesitada de esa regulación por ser imprescindible para el mantenimiento del edificio constitucional, o para el juego correcto de los órganos constitucionales. Trátase, pues, de lagunas institucionales, de falta o ausencia de las normas jurídicas que organizan una institución necesaria para la integración completa del orden constitucional. No es que la Constitución *renuncie* a regular jurídicamente una zona determinada de la realidad, es que se trata de un sector que *requiere* la normación constitucional para que subsista y esté completo el orden fundamental. Incluso aunque existan las normas que remedien esa laguna institucional, ésta persistirá hasta que los autorizados por tales normas, para reintegrar la institución requerida, la restablezcan (13).

De esta manera se comprende cómo el aspecto institucional tiene importancia decisiva en el orden constitucional, pues la Constitución es la máxima expresión de la juridicidad total del Estado, de la regulación de los órganos e instituciones fundamentales. La falta de un órgano o institución determinada, pone en conmoción, o paraliza, toda la vida constitucional.

Nunca se insistirá suficientemente en señalar que el carácter fundamental de la Constitución no significa que deba preverlo todo, puesto que aquélla regula tan sólo la vida de los órganos fundamentales del Estado y el orden u órdenes considerados como fundamentales para la posición del individuo en el Estado.

---

(12) Coincide HSü DAU-LIN; **Die Verfassungswandlung**. Walter de Gruyter & Co. Berlin und Leipzig 1932, págs. 47 y 48.

(13) Santi ROMANO, **loc. cit., pág.** 378.

La manía de querer insertar en las Constituciones cuestiones que carecen de carácter constitucional material complica el problema, pues impulsa a considerar como lagunas constitucionales, simples imperfecciones, defectos o insuficiencia de ciertos preceptos que no deberían haberse insertado en la Constitución.

Si la normación escrita constitucional se limitase a regular materias fundamentales, siguiendo muy de cerca a la Constitución sustancial, los riesgos serían mucho menores y las posibles lagunas se evitarían.

Si logramos que coincida la Constitución escrita, el documento constitucional, con la base sustancial que le sirve de fundamento, entonces centramos el problema de las lagunas en el orden constitucional que no puede concebirse de otro modo sino como lagunas institucionales. Dicho más claramente, como el ordenamiento constitucional es orden fundamental, en él pueden darse lagunas cuando en un momento determinado las normas constitucionales son incapaces de resolver un caso imprevisto que afecta total, o parcialmente, al orden fundamental (14).

Las lagunas constitucionales son, pues, fallos institucionales, carencia de instituciones fundamentales que impiden el funcionamiento del orden constitucional.

Para saber en qué consiste una laguna constitucional (institucional) hay que partir de la consideración del ordenamiento fundamental como sistema unitario en donde las normas se conexionan y relacionan recíprocamente por ser todas ellas expresión formal de la institución estatal y por hallarse cimentadas en la Constitución sustancial. Si en este orden existe un fallo, una falta que afecta al orden constitucional nos hallamos ante un caso de laguna constitucional. Existe laguna porque hay un vacío institucional dentro de ese orden. Entiéndase bien que no se trata de un simple espacio jurídico vacío (*Rechtsleerer Raum*), pues la laguna

(14) Afirma la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, desde el punto de vista dinámico y sustancial, Enrico PARESCE, loc. cit. páginas 360 y siguientes.

jurídica entraña la ausencia de normas institucionales, *dentro* del ordenamiento jurídico, mientras que el espacio jurídico vacío implica que una esfera de hecho no es regulada de modo alguno por el derecho y por lo mismo está *fuera* del ordenamiento jurídico. La laguna constitucional exige su integración, pues de lo contrario no se podría diferenciar del espacio jurídico vacío (15). Además, la comprobación de la laguna debe ser real, esto es, su existencia debe quedar inconcusa (16).

Dentro del orden constitucional, compuesto por normas de competencia, no parece puedan utilizarse las distinciones entre lagunas propias e impropias como a partir de ZITELMANN se ha venido haciendo (17). Aquí se trata de lagunas fundamentales, propias, institucionales, que ponen en grave conmoción al entero ordenamiento. O existe la norma funda-

(15) Alf. ROSS: **Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen.** Franz Deuticke, 1929, pág. 341; Pietro VIRGA: **Libertà giuridica e diritti fondamentali.** Giuffrè. Milano, pág. 25; Danilo DE COCCI: **Il concetto giuridico di libertà,** en **«Studi di Diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi».** Giuffrè. Milano 1952, págs. 658 y 659 (en nota); F. CLEMENTE DE DIEGO, «En torno a las lagunas de la ley», en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 1944, núm. 14, págs. 21 y 22.

(16) ROSS. Ibidem.

(17) Así, Gustav SEIDLER: **Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechtss.** Verlag von Georg Stilke, Berlin und der Manz'schen Verlags-und Universitäts-Buchhandlung. Wien 1929, págs. 212 y 213. Tal como caracteriza a las lagunas propias o auténticas SEIDLER, se trata de lagunas institucionales **«dass die Verfassung gewise Notwendigkeiten voraussetzt oder fordert, die nicht von selbst eintreten, deren Eintritt vielmehr von Willenserklärungen abhängt, welche weder erzwungen noch durch, andere Willenserklärungen ersetzt werden können. Unterbleibt die Erklärung,** so entsteht ein Vakuum, **es hört zwar nicht der Staat auf, wohl aber das Staatsrecht** (pág. 212) y cita el caso de la desaparición de la dinastía en una monarquía sin que la Constitución haya previsto el caso. En cambio, las lagunas impropias vendrían a ser imperfecciones legales que se resuelven a veces por la analogía (pág. 213). Cfr. también Walther BURCKHARDT, **Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts,** 2.ª ed. Polygraphischer Verlag A. G. Zürich 1944, pág. 112.

mental o no, y, en este caso, al no haberse manifestado la voluntad legislativa constitucional fijando una norma de competencia, hay laguna. Si esto es así, no nos sirve la distinción ya criticada —al menos dentro del orden constitucional— que admite las lagunas de la ley y rechaza las del ordenamiento jurídico (18). Las tituladas lagunas impropias se presentan, en nuestro campo, como simples imperfecciones normativas (19) susceptibles de integración mediante la política legislativa constitucional o de completarse, fácilmente, por medio de la interpretación. En el peor de los casos se colmarán por la analogía.

Nuestra atención versará principalmente sobre las lagunas institucionales (20).

---

(18) José CASTAN; Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo) Reus. Madrid 1947, págs. 305 y 306. Para el Derecho constitucional Cfr. Santi ROMANO, **Corso di Diritto costituzionale,** 4.ª ed. Cedam. Padova 1933, pág. 261. En contra, Felice BATTAGLIA, Curso de Filosofía del Derecho, Vol. II (Trad. F. ELIAS DE TEJADA y P. LUCAS VERDU), Reus 1951, pág. 144. Elude la cuestión, aunque parece admitir la distinción, V. MICELI, **Principi di Diritto costituzionale,** 2.ª ed. Società Editrice Libraria. Milano 1913, pág. 161. Hermann HELLER critica, agudamente, el dogma positivista de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico fletado por BERGBOHM y llevado al campo del derecho público por LABAND, Teoría del Estado (Trad. de Luis TOBIO). Fondo de Cultura Económica. México 1947, páginas 295 y siguientes.

(19) Sobre las imperfecciones de la norma. Cfr. Federico de CASTRO: **Derecho civil de España. Parte general.** Vol. I. Valladolid 1942, página 101 y nota número 1.

(20) Constantino MORTATI considera que no existen verdaderas lagunas institucionales. En efecto, en el caso de extinción total de la familia real pueden suceder dos cosas: o el caso está previsto por las normas institucionales y entonces basta con sustituir el órgano ordinario por el extraordinario (Regencia), o no lo está y resultaría que se viene a bajo todo el ordenamiento jurídico, por vías de hecho, desapareciendo la institución (**Istituzioni di Diritto pubblico,** 2.ª ed. Padova 1952, pág. 118).

No podemos compartir la postura del autor italiano, pues parte de un concepto incorrecto de la institución. La institución se enraíza en la organización social y las normas no son más que un aspecto del ordenamiento jurídico. Cfr. Santi ROMANO, **L'ordinamento giuridico,** 2.ª ed. Sansoni. Firenze ¿1947?, págs. 13 y ss. passim.

Como toda obra humana, la Constitución puede contener fallos e imperfecciones merced a la imposibilidad de preverlo todo. Una Constitución es producto histórico, determinado por las circunstancias de tiempo y lugar. Las materias que el legislador constitucional introdujo en la regulación fundamental se consideraban constitucionalmente relevantes en el momento en que la Constitución se elaboró, pero la realidad política y social puede plantear exigencias, imprevistas por la ley fundamental, capaces de suscitar lagunas (21).

El testimonio de la posible solución de continuidad del orden constitucional se enfrenta, pues, con la creencia racionalista que inspira a los instrumentos o cartas constitucionales que se consideraban perfectas, completas, capaces de prever todos los casos imaginables. Naturalmente, si tenemos en cuenta que la Constitución comprende el conjunto de prescripciones jurídicas fruto de una *situación,* si el derecho constitucional está condicionado por una serie de factores político-sociales, económicos, y aparece en función de las creencias fundamentales de la situación, se superará la estrecha visión racionalista.

Como las Constituciones, resultado de la concreta situación, continúan manteniéndose por encima de nuevas e inéditas situaciones, el conflicto entre la estructura formal, dimanante de la situación inicial y la nueva, provoca la aparición de fallos y lagunas que no han sido previstos.

El ordenamiento constitucional vigente se ve entonces desgarrado por la situación nueva que no encuentra adecuada respuesta a sus necesidades. Por lo tanto, la existencia de lagunas, cuando la normatividad constitucional no coincide con la normalidad social, es algo indiscutible.

Claro está que casos semejantes pueden resolverse merced a la voluntad legisladora constitucional que acomoda la

---

(21) Karl LOEWENSTEIN; **Erscheinungsformen der Verfassungsänderung.** J. C. B. Mohr. Tübingen 1931, págs. 121 y 122. Para la conexión que existe entre el problema de las lagunas y el cambio de la Constitución por medio de prácticas que no afectan a la forma de la misma, Cfr. HSÜ DAU-LIN, ob. cit., págs. 39, 56 y ss.

forma constitucional a las nuevas exigencias, cosa que sucede, normalmente, en las Constituciones que poseen suficiente elasticidad.

También hay que tener presente que no conviene exagerar las pretensiones de la situación social, pues de lo contrario, y sin pretender con esto inmovilizar o considerar como absoluta una determinada situación, se desconocería la capacidad de conformación social que posee la normatividad constitucional (22).

## II

La doctrina ha establecido, ya especulando sobre hechos históricos concretos, ya realizando una elegante interpretación de los textos, una serie de casos típicos que se han presentado como lagunas constitucionales. Algunos de ellos son verdaderos esfuerzos imaginativos de muy difícil realización que apenas merecen la pena de ser examinados. Trátase de cuestiones académicas (23) y, por eso, no poseen mayor alcance.

El primero, recogido tradicionalmente por los autores (24), acontece cuando en un Estado monárquico se ha

---

(22) Sobre esto Cfr. Werner KAGI: **Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen in modernen Verfassungsrecht.** Polygraphischer Verlag A. G. Zürich ¿1945? páginas 150-151.

(23) Así HSü DAU-LIN califica la cuestión propuesta por ANSCHÜTZ, loc. cit., pág. 338, si el Kaiser abdicase como tal pero no como rey de Prusia. El caso alcanzó actualidad —continúa HSü DAU-LIN— en 1918, pero ¿acaso puede hablarse de una laguna porque la Constitución de BISMARCK no hubiese previsto una situación como la de 1918? **(Die Verfassungswandlung,** cit., pág. 53). Cfr. la solución poco convincente que da a este caso DONATI, ob. cit., pág. 112.

(24) ZITELMANN, ob. cit., pág. 318; ANSCHÜTZ, loc. cit.

extinguido la dinastía sin que las normas constitucionales establezcan nada para el caso (25).

Diversos supuestos pueden determinar esa grave situación: 1) sea porque el último miembro de la familia real renuncia al trono sin que deje heredero nato o *nascituros* (26); 2) ya por la renuncia a la Corona de todos los miembros de la familia real capaces de suceder; 3) o bien cuando se ha estatuído que el sucesor debe ser nombrado por el monarca reinante y éste muere sin haberlo designado (27).

Esta laguna podría subsanarse si antes de quedar vacante la Corona, se promulgara una ley resolviendo el problema. Ahora bien, y si esto no ocurriese, ¿a quién correspondería la Corona?

Las soluciones que se han intentado ofrecer son muy variadas y se caracterizan porque en ellas repercute el concepto peculiar que cada autor tiene sobre el derecho.

Así, TRIEPEL mantiene que el gobierno corresponderá provisionalmente al Consejo de Ministros y en su defecto a la representación nacional que elegirá al nuevo Gobierno (28). En Italia, MORELLI (29) dice que al quedar necesariamente

---

(25) Algunas Constituciones se plantean la cuestión. Así, por ejemplo, la Constitución de Suecia de 6 de junio de 1809, art. 42; la de Noruega de 17 de mayo de 1814, art. 48; la de Bélgica de 7 de febrero de 1831, art. 85; la de Luxemburgo de 17 de octubre de 1868, art. 7, párrafo 2; la de Holanda de 30 de noviembre de 1887, art. 19; la de Grecia de 23 de mayo de 1911, art. 52; la del reino de Dinamarca de 5 de junio de 1915, art. 8.

(26) Sobre esto, Cfr. Heinrich TRIEPEL: **Das Interregnum. Eine staats rechtliche Untersuchung. Verlag von C.** L. Hirschfeld. Leipzig 1892, pág. 7; Santi ROMANO, **L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione,** en **«Scritti Minori»,** cit., pág. 133.

(27) Caso citado por JELLINEK: «Mediante el **Ukase** de Pedro el Grande, de 5 de febrero de 1772, dispúsose que poseería el trono de Rusia quien nombrase como sucesor el emperador reinante»... y cita ejemplos históricos (Teoría general del Estado. Vol. I. (Trad de F. DE LOS RIOS URRUTI) Suárez. Madrid 1914, pág. 454.

(28) En contra Santi ROMANO, loc. cit., pág. 136 y DONATI, obra citada, página 101.

(29) Alberto MORELLI: Il Re. Zanichelli. Bologna 1899, pág. 301. El autor cita textos constitucionales de la época.

vacante el trono, se abren dos caminos: establecer la forma republicana de Gobierno o sustituir la dinastía extinta con otra nueva, ya manteniendo, ya cambiando la vieja Constitución (29 bis).

Pero, quien se planteó el problema por primera vez con mayor precisión científica, aunque ofreciendo una respuesta insostenible, ha sido DONATO DONATI (30).

Para este autor, el ordenamiento jurídico no contiene norma alguna que resuelva la cuestión en sentido positivo, determinando a qué persona corresponde la Corona. Ahora bien, esto no significa que el ordenamiento jurídico no contenga solución adecuada para el caso propuesto. El ordenamiento jurídico cuenta con una norma que resuelve la cuestión en sentido negativo. Como no existe norma particular aplicable al problema, cae bajo la norma general que sirve de base al ordenamiento jurídico y que establece la exclusión de cualquier limitación. Esta norma dice: a nadie corresponde la Corona, o sea, el Estado y los súbditos son libres de cualquier limitación relativa a la existencia de un rey y, por lo tanto, podrán rechazar las pretensiones de cualquiera que se presente como sucesor, pues tales pretensiones son infundadas, ya que nadie podrá reunir en su persona los requisitos requeridos para subir al trono.

La pretendida solución de DONATI es inaceptable por varias razones. En primer lugar, la tesis que mantiene el ilustre autor italiano, en defensa de la plenitud del ordenamiento jurídico es inexacta, como lo ha demostrado la doctrina posterior unánimemente (31). Esto como crítica a los fundamentos generales de su postura. Veamos ahora aspectos más

---

(29 bis) Esta sencilla solución no satisface por plantearse en un campo político en el primer caso y por no aclararse debidamente en el segundo.

(30) Donato DONATI, ob. cit., págs. 100 y ss.

(31) Para no repetir las críticas que ha suscitado su **norma positiva di chiusura** nos remitimos a las siguientes obras; MORTATI, ob. cit., pág. 117; Alessandro LEVI, **Teoria generale del Diritto.** Cedam. Padova 1950, págs. 52 y ss.; Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, **Diritto costituzionale (Lo Stato democratico moderno)** 2.ª ed. Jovene. Napoli 1949, pág. 117.

concretos. No podemos admitir el planteamiento exclusivamente normativista que no tiene para nada en cuenta el lado institucional de la cuestión. Desde un punto de vista material, aunque falte la norma o normas concretas, podrá encontrarse en la Constitución sustancial, ya de modo expreso o implícito, algún indicio que permita saber a quién compete el poder de emanar la norma necesaria para el caso imprevisto (32).

La tesis de DONATI parece llevar obligadamente al abandono de la continuidad monárquica y aunque ello pueda ser una solución, no hay razones jurídicas para justificar este cambio constitucional y eso que el autor reconoce que su solución no satisface las exigencias políticas. La respuesta que nos ofrece es simplemente negativa, un inhibirse ante la cuestión, su contestación es una falta de respuesta, salvo la indiscutible afirmación de que a nadie corresponde la Corona. Si los súbditos, según el maestro italiano, son libres de cualquier limitación respecto a la existencia de un rey, esta afirmación va más allá de los términos del problema y parece prejuzgar la elección de la respuesta en el sentido de una solución republicana. Puede ser que los súbditos prefieran desligarse de cualquier limitación monárquica, cuando queda vacante la Corona, optando por la solución republicana, pero nada impide que el poder constituyente decida la continuidad monárquica estableciendo una nueva dinastía, colmándose la laguna institucional y persistiendo la limitación de los súbditos respecto a la existencia del rey (33).

Más clara y lógica es la solución ofrecida por ARANGIO

(32) En este sentido, G. CHIARELLI: **Il problema dei caratteri differenziali dell'ordinamento giuridico,** en «Rassegna di Diritto pubblico». Año V. Número 5-6. Napoli 1950, pág. 368 (en nota).

(33) No entramos en otros reparos más concretos como el concepto erróneo que el autor tiene sobre la naturaleza jurídica de la regencia. Sobre este último problema, además de la obra de TRIEPEL, citada en nota 26 Cfr. E. SAILIS, **Fondamento e natura giuridica della Regenza.** Giuffrè. Milano 1940. También G. JELLINEK, **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi** (Trad. de G. VITAGLIANO). Società Editrice Libraria. Milano 1912, págs. 169 y ss.

RUIZ (34) al escribir que la única solución en Italia, bajo la vigencia del Estatuto albertino, que guarda silencio sobre esta cuestión, es la convocatoria de un plebiscito, aunque

---

(34) G. ARANGIO RUIZ: **Istituzioni di Diritto costituzionale italiano.** Fratelli Bocca. Milano 1918, pág. 419. En las páginas 420-421 alude a otra laguna del Estatuto sobre la imposibilidad física del rey para reinar, resolviéndola por medio de la analogía. Ferrucio PERGOLESI, **Manuale di Diritto costituzionale italiano.** Studium Urbis. Roma 1941, sostiene que esta laguna sólo puede colmarse **«con una instaurazione, che è solo di fatto in confronto all'ordinamento lacunoso»** (pág. 46). Cfr. además, Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, **Diritto costituzionale (Lo Stato democratico moderno)** I Jovene. Napoli 1949, págs. 517-518; Massimo PALMERINI, **Introduzione allo studio del Diritto costituzionale,** 2.ª ed. Ateneo. Roma 1948, pág. 80. Un caso reciente es el ocurrido en Bélgica, el 28 de mayo de 1940, como consecuencia de la prisión del rey de los belgas por el invasor alemán, que se complicó con la imposibilidad de reunir las Cámaras para prover la Regencia. El constitucionalista belga Pierre WIGNY, analiza la cuestión examinando el decreto de 28 de mayo de 1940 que aplicaba, por analogía los artículos 82 y 26 de la Constitución; ahora bien, las Cámaras no podían reunirse, como se ha indicado, por lo tanto el Gobierno era el único órgano político no paralizado (art. 26). En efecto, los decretos-leyes eran precedidos por el siguiente preámbulo:

«En nombre del Pueblo belga,
«Nosotros, Ministros reunidos en Consejo,
«Vistos los artículos 26 y 82 de la Constitución,
«Visto el decreto de 28 de mayo de 1940,
«Vista la imposibilidad de reunir las Cámaras legislativas,
«Decretamos...»

**«Ainsi invoque-t-on á la fois l'impossibilité de regner, l'impossibilité de réunir les Chambres pour pourvoir à la Regence et pour exercer la fonction législative, enfin le fait que tout le pouvoir législatif s'est concentré dans le gouvernement en tant que seule branche restée libre de ce pouvoir»** (Pierre WIGNY, **Droit constitutionnel. Principes et Droit positif.** II. Emile Bruylant. Bruxelles 1952, págs. 589-590. Cfr. además, Paul de VISSCHER, **L'evolution du droit public belge de 1930 a 1950,** en **Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart** N. F. Vol. II J. C. B. Mohr. Tübingen 1953, páginas 241-242.

En España, históricamente tenemos la obra revolucionaria realizada por las Cortes de Cádiz durante la ausencia de Fernando VII. Entonces hubo que admitir una serie de ficciones constitucionales para resolver este problema. Igualmente, la renuncia de la Corona por don Amadeo motivó un grave problema constitucional cuya solución fué el establecimiento de la primera República. Para el período de la Constitución de 1931 Cfr. lo que dice W. ROCES en sus anotaciones a la traducción de Luis LEGAZ Y LACAMBRA

así el problema asumiría importancia política y se resolvería también políticamente.

En realidad, trátase, en el caso examinado y en otros análogos aludidos por la doctrina (35), de verdaderos ca-

---

de la obra de O. G. FISCHBACH; Derecho político y constitucional comparado. Labor, Barcelona-Buenos Aires 1934, en la pág. 181. Para otros aspectos Cfr. Niceto ALCALA ZAMORA: Los defectos de la Constitución de 1931, Madrid 1936. Se trata de defectos técnicos antes que de lagunas institucionales en este último caso. Respecto al nuevo Estado español surgido con el Movimiento nacional Cfr, para el período anterior a la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado, Ignacio M.ª LOJENDIO; Régimen político del Estado español. Bosch. Barcelona 1942, págs. 138 y ss. LOJENDIO alude al artículo 48 de los Estatutos de Falange Española y de las J.O.N.S. que dice así: «Corresponde al Caudillo designar a su sucesor, quien recibirá de él las mismas dignidades y obligaciones. El modo de sucesión previsto en los presentes Estatutos será reglamentado, en sus detalles, por el Consejo Nacional». Este autor, que escribe antes de promulgarse la Ley de Sucesión, opina cuerdamente: «Aunque esta declaración, al igual que la relativa a la responsabilidad, sólo afecta literalmente a una de las facetas de la Jerarquía suprema, cabe extenderla a la totalidad de su entidad institucional, en primer lugar por autorizarlo así la ausencia de otras disposiciones, y sobre todo por la naturaleza eminente de la función política encomendada al Partido» (ob. cit., pág. 140). Luis DEL VALLE concuerda con el autor anterior; «La falta de una ley orgánica relativa al Jefe del Estado explica este vacío que se nota en nuestras normaciones constitucionales.

Para suplir, en parte, esta laguna tenemos que valernos de preceptos que en rigor no se refieren al Jefe del Estado, sino al Jefe nacional del Movimiento, que desde luego son dos investiduras que en toda Jerarquía plena son inseparables» (Derecho constitucional comparado), 3.ª edición. Zaragoza 1944, págs. 387 y ss.

El problema ha quedado zanjado con la promulgación de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947.

Juan CANDELA, en un artículo publicado en la «Revista de Estudios políticos» n.º 69, 1953, titulado: El orden de leyes fundamentales de España desde la perspectiva de la Ley de Sucesión, señala el proceso de perfeccionamiento constitucional que se ha producido en España hasta llegar a la Ley de Sucesión que marca un hito importante en ese proceso. Sin embargo, CANDELA apunta ciertas insuficiencias que deben ser sanadas para que pueda hablarse de una verdadera Constitución española, en lugar de una «pre-constitución» (según la terminología empleada por dicho autor) Cfr. págs. 66-67; 81-82; 94 y ss.; 97-98.

(35) El citado por ANSCHüTZ y JELLINEK que se refiere al intento de los monárquicos de impedir la segunda elección de GREVY, pronunciándose

sos-límite de insuficiencia del ordenamiento jurídico. Ciertamente, son situaciones graves, aunque algunas artificiosamente construídas. Según estos casos, las normas de competencia decaen, parecen modificarse las mismas fuentes del derecho, encontrándonos a las puertas de la revolución (36).

La falta de solución normativa abre el camino a los procedimientos de hecho. Si la interpretación extensiva de las normas falla, si es imposible la aplicación de la analogía y no pueden aplicarse los principios generales del derecho, o no existen costumbres que suplan la imprevisión, no hay otro remedio que restablecer, por vías de hecho, el orden jurídico que parecía paralizarse. La Constitución sustancial, que sirve de base a todo el ordenamiento jurídico, nos autoriza a ello.

La consideración de la sociedad política como unidad de orden y de fin, como organización del poder político en vistas del bien común, no puede tolerar semejantes fallos. La laguna quedará colmada, bien con arreglo a los principios políticos que alentaban en la Constitución, produciéndose una continuidad material y formal (37), o ya mudando la fórmula política lo cual implicará el cambio formal y de régimen, pues la sustitución de unos principios políticos por otros, que

---

en contra de la misma elección. ¿Qué habría sucedido si la mayoría de la Asamblea hubiese decidido no proceder a la elección negándose implícitamente así a reconocer un Presidente?

Otros casos relativos al Presidente de la República, según las leyes constitucionales francesas de 1875, pueden verse en JELLINEK, ob. cit., I, págs. 453 y ss.; ZITELMANN, loc. cit., pág. 317; DONATI, ob. cit., páginas 109 y ss., manteniendo idéntica solución a base de la norma general que sirve de base al ordenamiento jurídico que resuelve el caso de modo negativo; «a ninguno corresponde el poder ejecutivo». Pueden reproducirse aquí las mismas críticas que en el caso anterior. Además, A. ESMEIN-NEZARD, **Elements de droit constitutionnel français et comparé.** II. Sirey. París 1921, págs. 52-53; Leon DUGUIT, **Traité de droit constitutionnel.** Iv. Boccard. París 1924, pág. 567.

(36) PARESCE, loc. cit., págs. 358-359.

(37) Por ejemplo, eligiéndose por las Cámaras, o por plebiscito, un nuevo soberano.

matizan a la Constitución sustancial, lleva consigo ese resultado (38).

Otro grave problema se produce si el Parlamento se niega a aprobar el presupuesto del Estado. Este caso suscitó la atención de la doctrina provocando larga polémica (39). Se considera como el ejemplo clásico que dió precisamente lugar a la discusión sobre la existencia de lagunas en el ordenamiento constitucional (40). Esta cuestión que reviste más bien caracteres políticos que institucionales (41), plantea, caso que no estuviera previsto por la Constitución, el problema de si el ciudadano debe o no pagar los impuestos, puesto que no hay ley que permita su exacción. Según DONATI, la solución es negativa (42). La tesis de este autor está forjada con arreglo a los principios estrictos del Estado liberal de derecho (43). Ahora bien, el Estado como administración, que no se ajusta a esos cánones juspolíticos, puede exigir el pago de tales impuestos e incluso establecer nuevas obligaciones no previstas por la ley (44). En este sentido habrá que tener en cuenta cada ordenamiento jurídico concreto para poder emitir un juicio decisivo. Sin embargo, esta solución obedece a un marcado individualismo, celoso de la libertad

---

(38) Sobre esto me remito a mi trabajo «Constitución», en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, citada, pág. 222 (al principio).

(39) Sobre esta cuestión Cfr. la bibliografía recogida por DONATI, ob. cit., págs. 113 y ss., y por HSü DAU-LIN, ob. cit., pág. 54. Este caso es el que más se cita para demostrar la existencia de lagunas en el ordenamiento constitucional. Naturalmente, la disputa comienza centrando el tema sobre la naturaleza jurídica del presupuesto. Si es una ley o no, etc. Sobre este caso Cfr. ANSCHüTZ, loc. cit., pág. 339.

(40) DONATI, ob. cit., pág. 113; HSü DAU-LIN, ob. cit., pág. 54; Alessandro LEVI, Teoria generale del Diritto. Cedam. Padova 1950, pág. 53.

(41) HSü DAU-LIN, Ibidem.

(42) Ob. cit., pág. 119.

(43) A. LEVI, ob. cit., pág. 53.

(44) LEVI termina diciendo; **«...la veduta del Donati, plausibile ed elegante per quanto si riferisce ai rapporti di diritto pubblico nello Stato di diritto, non può accogliersi senza beneficio d'inventario per i rapporti privatistici, nè può essere estesa sic et simpliciter a qualsivoglia ordinamento giuridico».**

del individuo, que sólo ve límites en la norma general establecida por la ley en sentido formal (elaborada por las Cámaras y con sanción del Jefe del Estado).

El Estado necesita para subsistir del caudal periódico de ingresos y, por lo tanto, si fallasen los procedimientos normales para conseguirlo, habría que establecer el principio de la primacía del bien común, que impondría, sobre los súbditos, la obligación del pago de los impuestos (45).

Existen otros casos, aludidos de pasada por los autores, como el abstencionismo electoral que impide la elección de las Cámaras, que combinado con otros supuestos, da lugar a dificultades casi insolubles; conflictos constitucionales (46) como el anteriormente citado, amén de nuevas dificultades, se producen en las crisis gubernamentales motivadas por la inconsistencia de mayorías en el Parlamento merced a la descomposición y falta de acuerdo entre los partidos (47). El funcionamiento del sistema parlamentario queda paralizado puesto que depende de la consecución de una estable mayoría que desarrolle un programa de trabajo ininterrumpido. Si estas condiciones no se cumplen nos hallamos ante una laguna constitucional (48). En todos estos casos, si no hay una instancia superior decisoria, habrá que recurrir a los principios generales contenidos en la misma Constitución (democracia, Estado de derecho, liberalismo, tendencia unitaria o federal),

---

(45) La laguna se colmaría por medios extraordinarios, establecimiento del presupuesto por el Gobierno o Jefe del Estado, por decreto-ley que luego se legitimaría. Caso análogo al anterior es el de la negativa por el Parlamento a la aprobación de la leva militar. Sobre esto y ofreciendo idéntica solución a la anterior del presupuesto, Cfr. DONATI, ob. cit. pág. 120; ANSCHÜTZ, loc. cit., pág. 339. Valen las mismas críticas contra DONATI, así como la misma solución que en el problema anterior.

(46) DONATI, ob. cit., págs. 7 y 8.

(47) Cfr. Friedrich GLUM; **Parlamentskrise und Verfassungslücke,** en **«Deutsche Juristen-Zeitung.** Berlín, 15 noviembre 1930, cols. 1.414 y ss. El autor se refiere a la situación política creada a portir del 18 de octubre de dicho año en Alemania.

(48) GLUM, ob. cit., col. 1.416.

para ver si coadyuvan ofreciendo una solución; en último término el remedio será puramente de hecho (49).

Si nos referimos ahora a ordenamientos constitucionales conviene recordar como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos fué colmando los «silencios» de la Constitución federal sobre cuestiones que aparecieron con el transcurso del tiempo. Así, por ejemplo, en el famoso caso Mc Culloch v. Maryland (4Wheaton 316,4 L.Ed.579 (1819), el Tribunal Supremo tuvo que enfrentarse con el problema de si el artículo 1, sección VIII, 1 de la Constitución facultaba expresamente al Congreso para establecer un Banco federal. Indudablemente, el texto fundamental no contenía un precepto expreso que confiase esa atribución al Congreso; fué menester que el juez MARSHALL interpretase extensivamente (*broad construction*) las palabras «hacer todas las leyes *necesarias* y *convenientes* para el uso de estos poderes y para el de todos aquellos de que, en virtud de esta Constitución, pueda estar investido el gobierno de los Estados Unidos o cualquiera de sus dependencias o empleados», del citado artículo 1. En efecto, —sostenía MARSHALL— aunque el poder para crear un Banco no está incluído entre los enumerados por la Constitución se desprende de varios de esos poderes, como los que se refieren a circulación monetaria y a otras materias financieras, puesto que no se precisa que sea indispensable, sino que basta su conveniencia en cuanto no contradiga la Constitución.

Surge así la teoría de los poderes implícitos y resultantes (*implied and resulting powers*) que ha dado lugar a una profunda transformación en la estructura federal de los Estados Unidos (50).

También en la Constitución alemana de 1871, y en la

---

(49) HSü DAU-LIN, ob. cit., pág. 55.

(50) Cfr. Manuel GARCIA-PELAYO; Derecho constitucional comparado. Revista de Occidente. Madrid 1950, pág. 278; Nicolás PEREZ SERRANO, La noble obra política de un Gran Juez (Juan Marshall) Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid 1955, págs. 18 y ss.; Edward W. CARTER y Charles C. ROHLFING: **The American Government and its work**. Macmillan Company New York 1952, págs. 32-33.

Constitución suiza de 1874, se plantearon problemas semejantes derivados de la estructura federal que organizaron. TRIEPEL estableció nuevas competencias federales obtenidas mediante la consecuencia y la analogía (*auf dem Wege der Konsequenz der Analogie*) (51) y la doctrina suiza ha elaborado el llamado método de las consecuencias (*Verfahren des Konsequenz*) (52).

Naturalmente, no hemos realizado una exposición exhaustiva de las lagunas constitucionales registradas históricamente ya que en numerosos ordenamientos se han dado, o han podido darse posibles lagunas al sorprender la doctrina fallos virtuales en las Constituciones. Pretensión ilusoria sería querer agotar la enumeración de las posibles lagunas. Trátase de cuestión quebradiza en donde la realidad política desborda a cualquier clasificación abstracta. El factor político determina la súbita aparición de defectos e imperfecciones con los que el legislador constitucional no podía contar (53).

## III

Para colmar las lagunas normativas será preciso, en algunos casos, recurrir a normas extrapositivas (54). Lo nor-

---

(51) Heinrich TRIEPEL: **Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung.** Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1908, págs. 286 y ss.

(52) Z. GIACOMETTI - FLEINER; **Schweizerisches Bundesstaatsrecht.** Polygraphischer Verlag AG Zürich 1949, págs. 77 y ss.

(53) Por ejemplo, los largos períodos de crisis ministeriales en los que el gobierno tiene que ser desempeñado por el Gabinete dimisionario como ha ocurrido recientemente en Francia. En la elección del último Presidente de la República (COTY) no se consiguieron resultados satisfactorios votación tras votación. Aquí el factor político no ha determinado la existencia de defectos porque la crisis, después de un período más o menos largo, se salvó y el Presidente fué elegido aunque se batiera un interesante **récord.** Indudablemente, se trata de insuficiencias que entorpecen el juego libre de los órganos constitucionales.

(54) Para el derecho privado Cfr. Diego ESPIN CANOVAS, Manual

mal, sin embargo, es que tales vacíos se colmen mediante recursos señalados concretamente por el ordenamiento positivo (55). En este sentido, en defecto de norma legal, la costumbre ofrece carácter supletorio particularmente importante dentro del derecho constitucional (56). Al suplir el texto constitucional la costumbre presenta idéntico valor que la Constitución escrita, pues en el fondo se trata de una interpretación del silencio de la Constitución (57). Además, la costumbre constitucional, dado su carácter, se pliega, mejor que los esquemas abstractos, a las necesidades políticas y al juego que conexionan los órganos estatales lo cual exige gran flexibilidad.

En cuanto a los principios generales del derecho, sin entrar aquí en la cuestión de su naturaleza, expresan a veces ideas fundamentales de naturaleza política que por interpretación se deducen del texto constitucional por la misma juris-

---

de Derecho civil español. I. Parte general. Revista de derecho privado. Madrid 1951, págs. 77 y 78.

(55) Artículo 6.º del Código civil español. Sobre la función integradora del juez en el ordenamiento suizo Cfr. O. A. GERMANN: **Grundlagen der Rechtswissenschaft.** Verlag Stämpfli & Cía. Bern 1950, págs. 33-34 Cfr. También, Arthur T. von MEHREN: Estudio comparativo de la función judicial en Francia y en las Estados Unidos, en «Revista del Instituto de Derecho Comparado. N.º 2 (enero-junio) Barcelona 1954, págs. 79 y ss.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal (Alemania occidental) confirma la facultad que tiene este órgano para colmar las lagunas constitucionales por medio de la interpretación judicial y la función integradora de la legislación. Cfr., sobre esto, Julius FEDERER; **Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland** en **Jahrbuch des öffentlichen Rechts,** vol. 3, edit. por G. LEIBHOLZ. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1954, págs. 53-54.

(56) Cfr. por todos, Carmelo CARBONE: **La consuetudine nel diritto costituzionale.** Cedam. Padova 1948.

(57) M. DUVERGER, **Manuel de droit constitutionnel et de Science politique** 5.ª ed. Presses Universitaires de France, 1948, pág. 202. Para otros problemas, criticando la postura de DONATI, Cfr. Carmelo CARISTIA, **Saggio critico sul valore e l'efficacia della consuetudine nel diritto pubblico interno,** en «**Scritti giuridici, storici e politici** I Giuffrè. Milano 1953, páginas 188, 213 y siguientes.

prudencia (58) o brotan de la consideración reposada de la Constitución sustancial.

No parece necesario aumentar, arbitrariamente, el número de fuentes supletorias (59), pues produciría la ilusión de que es posible prolongar indefinidamente las soluciones del problema. Semejante postura parece un intento de agotar empíricamente los medios de integración, aspiración infundada e inútil.

Cuestión más grave es la que plantea el derecho natural, pues si el problema de las lagunas en el ordenamiento constitucional se caracteriza por la falta de acompasamiento entre la normatividad legal y la realidad social, no se ve claro, cómo una cuestión plenamente inmanente, real, en definitiva social, pueda resolverse echando mano a presupuestos trascendentes, de deber ser, que se diferencian de los principios de organización, técnicamente sociales.

Solamente sería lícito invocar tales principios cuando se trate de puntos de vista de estimativa jurídica que son superiores a toda normatividad jurídica y, por supuesto, a la normalidad social. Trátase de la dignidad humana, del respeto a la persona y a su libertad, etc., que no pueden ser suplantados por elementos normativos o sociales. Sin embargo, en estos casos, no puede dudarse que, sin recurrir a tan nobles principios, el orden constitucional, aunque atentando a la Ética, y falto de justificación, se mantendría completo y no se podría hablar, técnicamente, de la existencia de lagunas en él (60).

---

(58) Claude DU PASQUIER; **Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. C. C. S.** Hebing & Lichtenhahn. Bâle 1951, página 40.

(59) Antonio AMORTH, señala el papel integrador del derecho comparado, **Corso di diritto costituzionale comparato.** Giuffrè. Milano 1947, páginas 30 y siguientes.

(60) Sobre las lagunas y el derecho natural Cfr. DONATI, ob. cit., página 9 y ss.; Otto SCHILLING, **Chritsliche Sozial und Rechtsphilosophie.** Max Hueber Verlag München 1950, pág. 750. Cfr., refiriéndose a un derecho de origen no estatal, Tulio ASCARELLI, loc. cit., págs 240 y ss. Para cuestiones históricas Cfr. Josef LUKAS: **Zur Lehre vom Willen des Ge-**

Por último, el problema de las lagunas constitucionales tiene íntima relación con la interpretación de las normas constitucionales como fácilmente se deducirá de lo expuesto. Mas este tema desborda los límites de nuestro estudio (61).

Resumiendo las conclusiones que demuestran la insuficiencia del formalismo positivista para resolver los problemas planteados, indicaremos las siguientes proposiciones:

1) Si faltan normas de competencia, y éstas no pueden aplicarse extensivamente por el legislador o no ha sido prevista una institución necesaria, queda abierto el camino al hecho. *Ex facto oritur ius,* «fuerza normativa de lo fáctico», que vale aquí porque no se trata de justificar el derecho, que es injustificable desde la inmanencia, sino de completarlo. Deberá atenderse a la Constitución sustancial.

2) Las lagunas simplemente normativas, en normas dispositivas de la Constitución, no son tales, son imperfecciones que pueden subsanarse por procedimientos lógicos normales, o por procedimientos positivos: costumbre, derecho comparado y por la política legislativa constitucional (reforma constitucional).

3) Los defectos estimativos relativos a instituciones capitales, familia, matrimonio, educación, dignidad humana, libertad religiosa, deben ser suplidos o corregidos, con arreglo al derecho natural. En el caso de que la Constitución establezca normas antagónicas con el derecho natural, plantea-

---

**sezlgebers.** J. C. B. Mohr. Tübingen 1908, págs. 421-422 y mi trabajo: El horizonte iusnaturalista del derecho constitucional occidental en «Revista de Estudios políticos», núm. 92 (marzo-abril) 1957. Sobre el problema en Alemania occidental Cfr. J. FEDERER, loc. cit., págs .20-21.

(61) Cfr. Carmelo CARBONE, **L'interpretazione delle norme costituzionali.** Cedam. Padova 1951. Cuestión conexa también es el problema de la analogía. Cfr. SEIDLER, ob. cit., págs. 211 y ss. Sobre los problemas que plantea, en relación con las lagunas, la interpretación de las normas constitucionales fruto del compromiso político Cfr. Josef WINTRICH: **Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, en Vom Bonner Grundgesezt zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75 Geburstag von Hans Nawiasky.** Isar Verlag München 1956, pág. 209. Cfr. mi trabajo La interpretación constitucional, de próxima publicación.

ríase un problema de rivalidad entre el orden moral y el orden constitucional.

4) La temática planteada en este trabajo debe subrayar que los documentos constitucionales no pueden prever todos los casos posibles, pues la realidad social cambia rápidamente y muchas veces desborda a la normatividad constitucional incapacitándola para ofrecer respuestas satisfactorias, por esta razón los textos constitucionales deben ser lo suficientemente elásticos para que la costumbre los vaya ajustando a las necesidades reales.

PABLO LUCAS VERDÚ
*PROFESOR*
*UNIVERSIDAD DE SALAMANCA*

# ESTUDIO SOBRE LA PRESTACION PERSONAL Y DE TRANSPORTES EN LA LEY DE REGIMEN LOCAL

## SUMARIO


I Consideraciones Generales.

II Antecedentes histórico-legales: A) Su origen. B) el R. D. de 7-IV-1848. C) La Ley municipal de 2-X-1877. D) El Estatuto Municipal. E) La Ley municipal de 31-X-1935.

III Naturaleza jurídica: A) Prestaciones de los administrados: concepto, naturaleza y fundamento jurídico; sus clases. B) Razones en favor de la configuración como relación de servicios del ingreso de las Haciendas Locales previsto en los artículos 564 a 571. C) Razones en favor de la configuración de impuesto.

IV Carácter: A) Desde el punto de vista de la capacidad tributaria del sujeto obligado. B) Desde el punto de vista de su periodicidad.

V Sujeto activo.

VI Sujeto pasivo: A) De la prestación personal: exenciones. B) De la prestación de transportes. C) Redención.

VII Fines: posibilidad de ampliación.

VIII Objeto, base y tipo. A) Objeto de la prestación personal. A') Objeto de la prestación de transportes. B) Base de la prestación personal. B') Base de la prestación de transportes. C) Tipo de la prestación personal. C') Tipo de la prestación de transportes.

IX Modalidades especiales de este ingreso.

X Consecuencias de la consideración de impuesto.

## *I.—CONSIDERACIONES GENERALES*

VAMOS, en este trabajo, a intentar hacer un estudio de uno de los recursos con que cuenta la Hacienda Municipal: LA PRESTACION PERSONAL Y DE TRANSPORTES.

Este ingreso se regula en los artículos 564 al 571 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 y en los artículos 124 al 126 del Reglamento de Haciendas Locales de 4 de agosto de 1952, legislación vigente en la materia, considerándolo como un Impuesto municipal. A pesar de que a primera vista pudiera extrañar tal configuración, —ya entraremos más adelante en este problema—, es lo cierto que la Ley no deja lugar a dudas en lo que a esto se refiere.

En lo tocante a la importancia práctica de este ingreso, debemos decir que es enorme, ya que, como se tendrá ocasión de examinar, es corrientemente el medio de que tienen que disponer los pequeños municipios rurales, que son la mayoría de los españoles, para realizar sus obras y servicios más elementales, fundamentales y urgentes (1).

---

(1) Piénsese que de los 9.211 municipios españoles, más de la mitad, concretamente 5.042, no llegan a 1.000 habitantes, (datos tomados del anuario estadístico de 1953).

Por otra parte tiene dentro de los ingresos de las Entidades Locales, una personalidad indiscutible, ya que es un ingreso típico y exclusivo de las mismas, desconocido como tal en la Hacienda Estatal (2).

## *II.—ANTECEDENTES HISTORICO-LEGALES*

Sin hacer un estudio profundo y acabado de la prestación personal y de transportes desde el punto de vista histórico (3), sí haremos unas ligeras indicaciones que siempre nos ayudarán para comprender el alcance y significado actual de este ingreso municipal.

### *A) Su origen.*

Estima PIERNAS HURTADO (4) que el origen de esta institución está en la dependencia personal del súbdito con

---

(2) Solamente en forma transitoria fué establecido en favor del Estado por la Ley de 16-3-1939 y regulada por decreto de 16-5-1939, debido a las excepcionales circunstancias del momento, siendo suprimida definitivamente por decreto de 5-4-1940, una vez que dichas circunstancias desaparecieron. El artículo 101 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 16-12-1954 establece: «En tiempo de guerra y en caso de movilización total o parcial las autoridades militares podrán utilizar, previa requisa toda clase de bienes muebles, inmuebles, derechos, empresas, industrias, alojamientos, **prestaciones personales** y en general todo cuanto sirva directa o indirectamente a los fines militares».

(3) En un trabajo de la índole del que aquí nos proponemos realizar, no podemos adentrarnos en las investigaciones históricas de las distintas formas que la prestación personal y de transportes revistió a través de los tiempos (sexta feria, facendera, prestación vecinal, etc.), que sería propio más bien de la Historia del Derecho, que no de un estudio de Hacienda Local. En general los estudios histórico-jurídicos, fuera naturalmente de aquellos en que ésta es su finalidad esencial, sólo los encontramos justificados en la medida en que nos sirven para la comprensión de la institución tal como hoy se la conocen.

(4) Citado por Martín Retortillo en su obra «El municipio rural: notas sobre su personalidad, su economía y su hacienda», Barcelona 1950.

respeto al señor, propia del régimen feudal (5). Sin embargo opinamos con MARTIN RETORTILLO (6), que ello no es acertado, en razón a que la relación feudal apenas se dió a nuestra patria, como todos sabemos.

El antecedente de la prestación personal y de transportes, hay que encontrarlo en los trabajos que los vecinos del pueblo prestaban primero voluntariamente, y más tarde en forma forzosa para la realización de las obras y servicios más apremiantes, con el nombre unas veces de sexta feria por prestarse el sexto día de la semana, facendera otras o prestación vecinal.

En casi todas las provincias españolas se utilizó este medio, teniendo el carácter de colaboración de los particulares a la obra de la Administración, precisamente por ser esta obra común de todos. Tenía esta colaboración un destacado carácter ético-social, era como dice RETORTILLO (7) «la expresión de un sentimiento social de todos y cada uno de los moradores en favor del común».

En unas ocasiones se exigía simplemente de los vecinos la aportación personal, siendo el Municipio el que ponía los utensilios y materiales necesarios para la realización de la obra, mientras que en otras eran los propios vecinos los que también realizaban la aportación de éstos, de donde nació al lado de la prestación personal la de transportes, que también llega a nuestros días, siendo recogida igualmente en los artículos de la Ley de Régimen Local que nos proponemos estudiar, como ingreso de la Hacienda municipal.

### *B) El Real Decreto de 7-IV-1848.*

Respondiendo a estas ideas es recogida por el Real Decreto de 7-IV-1848 y su Reglamento del 8 del mismo mes y año sobre caminos vecinales, completado por la Instrucción

(5) De igual criterio es el autor del trabajo «Prestación personal» desarrollado en Enciclopedia jurídica Seix. Véase volumen XXV, página 500.

(6) Obra. cit., pág. 138.

(7) Obra cit. pág. 138.

de 19-IV-1848. Fueron éstas las primeras disposiciones (8), que en forma sistemática regulan la prestación personal y de transportes, pero reducida todavía a un solo fin concreto y determinado: la construcción y conservación de caminos vecinales. Para este fin, el artículo 3 del Real Decreto citado permitía el establecimiento de «una prestación personal por cierto número de días de trabajo al año». El número de días, decía el artículo 30 del Reglamento así como las demás condiciones y circunstancias deberían ser fijados por el Ayuntamiento en unión de los mayores contribuyentes, pudiendo igualmente fijar las bases y evaluaciones de una tarifa de conversión de la prestación, ya que se permitía la redención en dinero, al igual que la sustitución.

Alcanzaba la obligación, conforme al artículo 8 del Real Decreto, a todo habitante del pueblo varón: «1.º por su persona y por cada individuo varón no impedido desde los 18 a los 60 años, ya sea miembro o criado de la familia; 2.º por cada uno de sus carros, carretas, carruajes de cualquier carga, de tiro o de silla que emplee en el uso de su familia, en su labor o en su tráfico dentro del término del pueblo». Tenía pues, tradicionalmente un carácter familiar; era el grupo familiar el que servía de base para la formación del padrón de los obligados a esta prestación.

Estaban exentos los indigentes y las mujeres, éstas conforme al apartado 1.º del artículo 8 citado. La Instrucción de 19-IV-1848, que completó y desarrolló el Real Decreto y su Reglamento, ya señalaba claramente las tres causas de exención: edad, enfermedad e indigencia, aparte naturalmente del sexo femenino.

---

(8) Con anterioridad se habían dado las R.R. O.O. de 4-V-1819 y 7-1-1846, referentes a los milicianos nacionales y aforados de marina que venían obligados a contribuir con sus personas o cuotas en metálico al arreglo de calles y entradas en los pueblos y caminos públicos. V. Colección legislativa T. VI, pág. 241 y T. XXX, pág. 35, (citado por Segura: «Génesis de la prestación personal», Revista Estudios Vida Local número 27, pág. 417-18. No he podido comprobar tal cita).

C) *La Ley Municipal de 2-X-1877.*

La Ley de Obras públicas de 13-IV-1877, la de carreteras de 4 de mayo de 1877 y su Reglamento de 10 de agosto del mismo año, seguían regulando la prestación personal y de transportes, pero todavía limitada a caminos vecinales. Fué en la Ley municipal de 2-X-1877, cuando por primera vez se estableció la prestación que estamos estudiando, como ingreso de la Hacienda municipal, pues la Ley municipal anterior, la de 20 de agosto de 1870, guardaba absoluto silencio en lo que a esto se refiere. Sin embargo de la prestación personal se hablaba en la Ley de 1877, no en el título IV referente a las Haciendas Locales, sino en el III al regular las atribuciones de los Ayuntamientos, considerando entre éstas el establecimiento de prestaciones personales para el cumplimiento de sus obligaciones (Art. 74, n.º 3), siendo desarrollado tal precepto por el artículo 79. La prestación personal no tenía todavía el carácter de exacción municipal, que como tendremos ocasión de ver no se le da en el Derecho positivo, hasta el Estatuto.

En esta Ley de 1877 la prestación personal tiene un carácter general, no queda limitada como sucedía en la legislación anterior a un fin concreto (caminos vecinales), sino que «se concede para fomentar las obras municipales de toda especie» (9).

Quedaban obligados «todos los habitantes mayores de 16 y menores de 50, exceptuando los acogidos en los establecimientos de caridad, los militares en activo servicio y los imposibilitados para el trabajo» (10); como se ve la edad es rebajada de los 18 de la legislación anterior a los 16 y de los 60 a los 50 años. En cuanto a las exenciones se dispensa de la prestación a los militares en servicio activo, cosa que no se hacía anteriormente, y no se dice nada de las mujeres, pudiendo parecer en lo que a éstas respecta que estaban obligadas, pero sin embargo la interpretación que se dió

(9) Art. 79.
(10) Art. 79.

fué excluirlas de tal obligación, conforme con la tradicional hidalguía española hacia el llamado sexo débil y de acuerdo con el criterio del Real Decreto de 1848. Así vemos como en la Ley de 30-VII-1904, sobre caminos vecinales, se estableció: «están igualmente (obligadas) todas las mujeres con casa abierta que disfruten de vecindad en cada término municipal» (11), de donde se desprende a *contrario sensu*, que las mujeres quedan excluídas, ya que el precepto citado lo único a que obliga es que figuren en el padrón, que para este fin se formará, las que tengan casa abierta, ya que por hacerse (el padrón) sobre la base familiar es necesario así, pero sólo a los efectos de contribuir los varones, familiares o criados, que bajo su dependencia vivan (12).

*D) El Estatuto Municipal.*

Así llegamos a la legislación de la Dictadura, es decir, al Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924. Digamos que en el período intermedio hay, concretamente en 1918, un proyecto de exacciones del insigne hacendista Flores de Lemus, en el que por primera vez se da la consideración de impuesto a la prestación personal y de transportes, pues es de destacar que en toda la legislación que vamos examinando no tiene tal carácter, sino el de mero recurso de las Entidades municipales para unas obras determinadas, como vimos al hablar de la Ley del 77. Sin embargo el Proyecto de 1918 no pasa de tal, no llega nunca a tener vigencia.

Fué el artículo 380 del Estatuto municipal quien al establecer los distintos conceptos que comprendía la imposición municipal, incluyó en el apartado L) la prestación personal, siendo desarrollada su regulación en el artículo 524.

---

(11) Art. 14, ap. 2.º.

(12) Hasta aquí vemos como el fin primordial de este ingreso era la construcción y reparación de caminos vecinales, pero su uso a partir de la L. de Carreteras de 29-VI-1911 decreció mucho, ya que en dicha Ley se establecían otros medios más rápidos y eficaces.

Era ya la prestación personal un impuesto, arrancando tal configuración, como decimos, del proyecto de Flores de Lemus.

En el Estatuto sólo se regulaba la prestación personal, no se decía nada de la de transportes; fué necesario un Real Decreto de 6-III-1928 para incluir también ésta con el mismo carácter y naturaleza de la personal. Nosotros cuando citemos el artículo 524, lo haremos teniendo en cuenta la relación que se le dió, después de dictarse el Real Decreto citado.

Este ingreso, al igual que sucedía en la Ley de 1877, no estaba limitado a unos fines concretos, como sucedía en la legislación de Carreteras, sino a un fin genérico: «recomposición de los caminos vecinales y rurales y en general para el fomento de Obras Públicas municipales» (13). Y no solamente para esto, sino que conforme el Reglamento de Hacienda (14), podía destinarse la prestación personal para «la repoblación de montes públicos y comunales, operaciones selvícolas y de policía y aprovechamiento de montes»; y de acuerdo con el Reglamento de Sanidad (15), para «servicios benéficos y sanitarios urgentes y obras de mejoramiento higiénico de poblaciones».

Quedan obligados los «residentes varones en el municipio respectivo», decía el Estatuto en lo referente a la prestación personal, y por «las caballerías mayores y menores y carros de una o más caballerías las personas a quienes pertenezcan», seguía diciendo el Estatuto en el ya citado artículo 524, ahora refiriéndose a la prestación de transportes.

Estaban exentos, aparte de las mujeres, los menores de 18 años y los mayores de 50 (16), los imposibilitados físicamente, los reclusos en establecimientos penitenciarios, las Autoridades Civiles, los Sacerdotes del culto católico, los maestros de Instrucción Primaria y los militares y marinos mientras permanezcan en filas. Era pues, mucho más amplia la

(13) Art. 524.
(14) Art. 28.
(15) Art. 64.
(16) Como se ve se había vuelto a elevar la edad mínima a 18 años siguiendo igual la máxima de 50.

lista de exentos que en la legislación anterior ya que por primera vez se habla de los reclusos en centros penitenciarios, de las autoridades civiles, de los sacerdotes y maestros.

La prestación de transportes debería ser en «épocas que no sean de sementera o recolección» precepto éste que como veremos llega hasta el derecho positivo de nuestros días. Tanto ésta como la personal, no «podían exceder de quince días al año ni de tres consecutivos», siendo ambas redimibles, la personal al «tipo corriente del jornal de un bracero en la localidad en la estación del año en que la prestación se exija», y la de transportes por «las cantidades que este servicio devengue en cada localidad».

Podían ambas prestaciones simultanearse pero una persona no podía venir obligada a realizar las dos al mismo tiempo, siendo competencia discrecional de la administración determinar la fijación de una u otra con respeto a cada persona.

Por último, la falta de prestación era castigada con la multa de la mitad del importe porque fuera redimible, sin perjuicio de la obligación de prestarla o redimirla (17).

*E) La Ley Municipal de 31-X-1935.*

La Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 establecía también la prestación personal, no hablando de la de transportes, pero no como medio económico, como impuesto, sino como medio personal con que cuentan las Entidades Municipales, análogo al funcionariado. El artículo 102 la incluía en la letra b), del apartado D): *medios personales*, y no en el apartado E): *medios materiales*, en el cual incluía a los impuestos. Así pues, parece que para el legislador de la 2.ª República la prestación personal no tenía carácter de impuesto. Se apartaba de la dirección seguida por el Estatuto y volvía al criterio de la legislación tradicional. Hubiera sido interesante ver si la prestación de transportes, que como decimos no se aludía a ella en la Ley, era considerada como impuesto.

(17) Art. 524 citado.

Pero como sabemos, la Ley Municipal de 1935 carecía de libro referente a Hacienda Local, ya que las bases 29 a 35, que a esta materia se referían, del Dictamen presentado al Congreso, no fueron aprobadas, por lo que no pudieron ser articuladas con las 28 primeras que se convirtieron en la Ley Municipal de 1935. Por ello no podemos saber si se hubieran incluído dentro de los Impuestos la prestación de transportes.

Estos son en apretado resumen los antecedentes histórico-legales, de la prestación personal y de transportes, que hemos expuesto única y exclusivamente para que nos sirvan de ayuda en la comprensión de los diferentes problemas que en su regulación actual presenta este ingreso municipal.

La legislación vigente arranca de la Ley de Bases de 17 de julio de 1945 (base 22), articulada el 16 de diciembre de 1950 (artículos 555-62), la Ley de Bases de 3 de diciembre de 1953 sobre Haciendas Locales, articulada el 18 del mismo mes y año y que refundida con la Legislación anterior vigente, dió lugar al texto de 24 de junio de 1955 (artículo 564-71). Sin embargo hemos de hacer notar que la regulación que se hace en este último téxto de la prestación personal y de transportes difiere completamente de la dada en la Ley de Bases de 1945 y en el texto de 1950. Nosotros nos basaremos, clara es, en la Ley de 1955, pero según vayamos adentrándonos en este trabajo, y al estudiar puntos concretos tendremos ocasión de conocer cuál fué la postura del legislador de 1950 (que seguía el criterio de la Ley de Bases de 1945) y cuál fué el cambio brusco respecto a este ingreso dado por la Ley de 1955 (que siguió el criterio de la Ley de Bases de 1953). Así por ejemplo, en punto tan fundamental y decisivo, cual es el del carácter ordinario o extraordinario de este ingreso, el parecer de ambas legislaciones es totalmente diverso.

## *III.—NATURALEZA JURIDICA DE ESTE INGRESO*

Antes de adentrarnos en los distintos problemas concretos que los artículos 564 al 571 de la Ley de Régimen local nos plantean, vamos a examinar si la postura adoptada por la

legislación actual de considerar a este ingreso como impuesto, es acertada.

Es decir, con respecto a la naturaleza jurídica de la institución que estamos examinando, hay dos posturas: una conceptuarla de impuesto, que es lo que hace la Ley de Régimen Local, y otra considerarla simple prestación de servicios que es lo que reclaman los comentaristas Abella y Marqués (18).

La cuestión no es sólo teórica, sino que importa consecuencias prácticas de trascendencia, según se la configure de una u otra manera.

Sin seguir adelante vamos a hacer unas consideraciones generales, acerca de lo que las distintas clases de prestaciones representan dentro de la sistemática del Derecho Administrativo, que siempre nos ayudarán a comprender la naturaleza jurídica del ingreso municipal que estamos estudiando, que es el primer y fundamental problema con que nos encontramos.

Una de las características —cada vez más acusada— de la Administración, es la existencia en su favor como guardián del interés público de una serie de prerrogativas o facultades desorbitantes, en virtud de las cuales puede exigir unilateralmente a los particulares, distintas prestaciones aún a costa de la libertad de éstos. Precisamente es él, el problema capital que tiene planteado el Derecho Administrativo: «el ensamblaje de dos ideas aparentemente antitéticas: el aumento del poder del Estado, inherente a todo sistema planificado y la libertad del ciudadano», diríamos citando a GARRIDO FALLA (19), que es precisamente lo que a este autor ha llevado a caracterizar el Derecho Administrativo como «hipócrita personaje de doble faz» (20). Se trata de la doble vertiente

(18) V. sus obras comentadas de la Ley del Régimen local y del Reglamento de Haciendas locales. Dice Abella concretamente: «la prestación personal, en puridad y a pesar de los artificios de la Ley, no es otra cosa que un servicio o carga vecinal» (p. 912 de su Ley de Régimen local comentada 3.ª ed. Madrid 1956).

(19) «Las transformaciones del régimen administrativo», Madrid 1954, página 41.

(20) V. Garrido Falla: «Sobre el D. Administrativo y sus ideas cardinales», R. Administración Pública n.º 7, pág. 37.

de que habla GARCIA DE ENTERRIA: «prerrogativa de la Administración y garantía de los administrados» (21).

Ahora bien, estas prerrogativas, a la Administración se le conceden como consecuencia del aumento de los fines que le caracteriza modernamente (22). Es decir, son para facilitar el cumplimiento de esos fines.

En las primitivas organizaciones sociales, bastaban las aportaciones individuales en la mayoría de los casos, para satisfacer las necesidades colectivas. Sin embargo hoy día con los adelantos técnicos y el aumento del nivel de vida ello es insuficiente. Hay que acudir a otros expedientes; fruto de lo cual es, por una parte, la creación de las sociedades por acciones y por otra el que sean Entidades públicas las que satisfagan —cada vez en número mayor—, aquellas necesidades colectivas, que la actividad individual no puede convenientemente cubrir. Esto es lo que ha justificado el nacimiento de los innumerables establecimientos públicos, es decir la descentralización por servicios.

«Las gentes —dice GARRIDO FALLA—, han llegado al convencimiento de que no es suficiente que el Estado no estorbe las actividades particulares, sino que se le piden cosas positivas» (23). Posición que mucho antes ya había denunciado LEON DUGUIT en su obra «Les transformations du Droit Public (Colin, 1913).

Como consecuencia de esto viene el aumento de prerrogativas a favor de la Administración, a fin de que pueda realizar las distintas actividades que de ella se solicitan, a fin de que pueda prestar lo que el inglés WEBB llamó «mínimun nacional de servicio público», recogido en España por el profesor JORDANA (24). Esto es, se pide a la Adminis-

---

(21) «Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa», Madrid 1956, pág. 37-38.

(22) Sobre el aumento de los fines de la Administración puede consultarse el conocido trabajo de Jordana de Pozas: «El problema de los fines de la actividad administrativa», Revista Administración Pública número 4, páginas 11 y siguientes.

(23) «Las transformaciones del régimen administrativo», pág. 26.

(24) V. trabajo citado pág. 21-22.

tración una serie de prestaciones a cambio de las cuales la Administración «limita y cercena las libertades» (25) y a su vez exige de los particulares determinadas prestaciones (26).

### A) *Prestaciones de los administrados: concepto, naturaleza y fundamento jurídico.*

Estas prestaciones, como dice CAETANO, son acciones o abstenciones que una persona realiza en provecho de otra, —en este caso en provecho de la Administración—, viniendo a constituir el contenido de deberes jurídicos (27). Ahora bien, y esto no lo aclara CAETANO, no guardan relación alguna con los deberes jurídicos que emergen de los derechos subjetivos, con la obligación del sujeto pasivo de una relación de derecho subjetivo. Son completamente diferentes las relaciones jurídicas de las cuales nacen los derechos subjetivos de las que surgen estas prestaciones. Las prestaciones son más bien limitaciones a la libertad o a la propiedad individual, que no consecuencia de una relación jurídica concreta en virtud de la cual devenga obligado un sujeto. Se corresponden con las prestaciones a que el Estado y demás Entidades públicas están obligadas y a cuya exigencia tampoco los particulares, tienen un derecho subjetivo (28). Estas relaciones tienen un carácter unilateral, son impuestas por la Administración sin contraprestación directa alguna en favor de quienes las prestan.

---

(25) Garrido Falla, «Las transformaciones...», pág. 31.

(26) V. la obra de Forsthoff «Verwaltung als Leistungstrager», 1938 y el cap. V de su «Lehrbuch des Verwaltungsrechts», T. I, 5.ª ed. 1955, en el que se estudia la Administración como soporte de prestaciones o prestadora de servicios.

(27) V. M. Caetano «Tratado elemental de D. Administrativo», ed. española, traduc. López Rodó, pág. 205 y ss.

(28) Así lo manifiesta Clavero en el prólogo al libro de M. Retortillo «Las obligaciones mínimas de los Ayuntamientos», Madrid 1956, criterio que considera igualmente acertado Garrido en la recensión que de dicha obra hace en el núm. 87 de la Revista de Estudios de la Vida Local.

De aquí que el fundamento del deber de prestación haya que ponerlo en la necesidad de la vida del Estado, en la necesidad en que se encuentra el Estado y en general las Entidades públicas, para el cumplimiento de sus fines, de esas prestaciones, en suma, en la propia soberanía del Estado (29).

*Clases*:

Como se desprende de la definición de CAETANO, las prestaciones pueden ser positivas o negativas. Siguiendo con las positivas que son las que a nosotros ahora nos interesan y que en realidad constituyen las verdaderas y propias prestaciones, digamos que pueden ser materiales o personales, ya que de las dos necesita el servicio público (30), y en general la Administración para el cumplimiento de sus fines.

Los medios personales, indispensables para el actuar administrativo, ya que la Administración persona moral sólo puede obrar a través de personas físicas que la representen, pueden ser conseguidos de diversas maneras. Bien exigiéndolos forzosamente y sin contraprestación, supuesto de la prestación personal, o bien solicitándolos voluntariamente de los particulares mediante la adecuada contraprestación, supuesto de la relación de empleo con respecto a la cual se llega a sostener incluso su naturaleza de contrato, si bien público (31).

---

(29). V. Lucifredi «Le prestazioni obligatorie in natura dei privati alle pubbliche amministrazione», teoria generale, Padova 1934, pág. 15 y siguientes. García Oviedo «D. Administrativo», 5.ª ed. por Martínez Useros, Madrid 1955, pág. 335 y ss. En general para un estudio de la naturaleza jurídica y fundamento de las prestaciones de los administrados a la Administración puede consultarse el cap. I de la obra citada de Lucifredi, págs. 15-50.

(30). V. Jéze «La technique juridique du droit public français», París 1925, página 2.

(31) V. por ej. la obra de Alvarez-Gendín «Los contratos públicos», Madrid 1934, pág. 162 y ss. y su «Manual de Derecho Administrativo español», Barcelona 1954, pág. 406 y ss. Igual Bielsa «Algunas ideas directrices sobre el estudio de nuestro D. Administrativo», B. Aires 1926, pág. 13; Borsi «La contrattualitá del rapporto di impiego pubblico nella piu recente le-

Para PRESUTTI la colaboración personal de los particulares en la obra de la Administración, puede conseguirse principalmente por tres medios:

1.º—Obligando la Administración a los administrados, como sucede en el supuesto del servicio militar.

2.º—Dejándolo a la colaboración voluntaria prestada por los particulares sin compensación económica. Significa, dice A.-GENDIN, la consagración jurídica de impulsos heroicos o caritativos poco corrientes (32).

3.º—Con una compensación de carácter económico a quienes consientan (33).

Pues bien, el primero de ellos es la prestación personal cuyo supuesto típico es el servicio militar.

Si por el contrario lo que necesita la Administración no son personas que la sirvan, sino medios materiales y los exige forzosa y unilateralmente, nos encontramos con el impuesto (34). Independientemente de que lo que se exija sean cosas o dinero, lo conceptuamos de impuesto, en el primer caso revistiendo la forma de impuesto en especie; no distinguimos como hace CAETANO (35), entre las prestaciones de cosas y las pecuniarias. Define el impuesto EHEBERG como

---

gislazione», R. Dir. Pubblico 1926; Laband «Das Staatsrecht des Deutschen Reichs», 5.ª edic. t. I, pág. 446 y ss.

No es que la relación de empleo sea la única forma voluntaria de participación de los particulares en las funciones administrativas, existen otras figuras como por ej. la concesión de servicios públicos.

(32) V. «Manual de Derecho Administrativo español», Barcelona 1954, página 455.

(33) V. Presutti «Principii fondamentali di scienza dell'amministrazione», Milano 1910.

(34) Lo mismo que veíamos que la Administración podía conseguir los medios personales de diversas formas, así sucede con los materiales. No siempre tendrá que acudir a las prestaciones —que en cuanto tales tienen el carácter de ser a precario—, sino que pueden conseguirse mediante el concurso voluntario de los particulares, y con la debida contraprestación, ya sea si se trata de cosas, mediante compraventa o por lo menos de expropiación forzosa, ya sea si se trata de dinero a través del contrato de mutuo o de deuda pública.

(35) Ob. cit., pág. 206.

«exacciones del Estado y demás Corporaciones de Derecho público que se perciben de un modo y en una cuantía unilateralmente determinada por el poder público, con el fin de satisfacer las necesidades colectivas. *Consisten en bienes muebles, dependiendo del tiempo y otras circunstancias que estos bienes sean en especies o en dinero*» (36).

Ambas prestaciones —personales y materiales—, tienen de común el ser limitaciones a los derechos individuales, su carácter unilateral, forzoso y el ser a precario, siendo igualmente el mismo el fundamento de unas y otras, en definitiva el poder soberano del Estado, según vimos.

Sin embargo su tratamiento y consecuencias jurídicas son diversas. La prestación personal es objeto de estudio en el Derecho Administrativo, mientras que el impuesto debido a su importancia y regulación jurídica específica, lo es de una disciplina autónoma: La ciencia de la Hacienda Pública.

Estas ideas nos han de servir, para resolver la cuestión que al principio de este epígrafe planteábamos: ¿Es acertada la configuración que de la prestación personal y de transportes hace la Ley de Régimen Local?

*B) Razones en favor de la configuración como prestación de servicios, del ingreso regulado en los artículos 564 y siguientes de la Ley de Régimen Local.*

Como ya decimos, ABELLA y MARQUES critican la configuración legal. Dice el primero que no es exacción ni por su índole ni por sus antecedentes, sino servicios (37); y efectivamente, como vimos, de tal era en el Derecho positivo histórico considerada, con la sola excepción del Estatuto. Por otra parte, la posición de la teoría general del impuesto es contraria a considerar tal las prestaciones de servicio; así

(36) V. Eheberg «Hacienda pública», traducción española de Rodríguez Mata, Barcelona 1936, pág. 146.

(37) Obra citada.

EHEBERG (38): «Las prestaciones de servicios aún cuando sean coactivas no son impuestos: El concepto de impuesto requiere una prestación real y objetiva». E igualmente la propia dominación está aludiendo a una relación de servicios y no financiera.

C) *Razones en favor de la configuración de impuestos.*

Veamos ahora qué argumentos pueden esgrimirse en defensa del criterio de la Ley.

Una cosa aparece clara, la configuración de la prestación de transportes como impuesto, es en puros principios correcta, pues sosteníamos que las prestaciones materiales cualquiera que sea su clase tienen tal carácter.

El problema se plantea con respecto a la prestación personal. Si FLORES DE LEMUS, autor del proyecto de exacciones de 1918, hubiera justificado —pues es indudable que tendría fuertes razones—, el porqué consideró la prestación personal como impuesto, en contra de la posición tradicional, hoy nos podríamos valer de tales justificaciones. En su defecto, procuraremos hacerlo nosotros, pues no dudamos, a pesar de las razones en contra que veíamos, en considerar acertado el criterio legal.

La naturaleza de las instituciones jurídicas, vienen dadas y justificadas en la mayoría de los casos, por un criterio teleológico o finalista. ¿Y cuál es el fin que con la prestación personal se persigue en la Ley de Régimen Local? Indudablemente, —y esto lo explica todo—, no es el trabajo de los vecinos, sino la realización de unas obras o servicios, que claro es, pueden hacerse con dinero. Esto es, —la consecución de un dinero— lo que al municipio le interesa y no en definitiva el trabajo de los vecinos; no es la prestación personal, que sólo es aparente, sino una prestación material lo que va buscando la Administración, y sólo en defecto de ésta

(38) Obra citada, página 184.

establece la personal (39). Quiérese decir que los artículos 564 y siguientes de la Ley de Régimen Local, lo que persiguen es una prestación material, un impuesto, lo que sucede es que al ser esto imposible por tratarse de municipios pobres, —la prestación personal sólo está autorizada en los municipios menores de 10.000 habitantes—, la sustituye por la personal. Justifica esta argumentación el carácter redimible que a estas prestaciones se les da en la Ley (40).

En definitiva, si de las dos clases de prestaciones que Administración puede exigir de los particulares, los artículos 564 y siguientes de la Ley están orientados a la exigencia de una prestación material, esto es de un impuesto, no hay duda de que la configuración legal de la prestación personal en los artículos citados, es exacta. En este caso quiebra pues el principio general de la ciencia de la Hacienda, de que las prestaciones personales nunca pueden ser impuestos. En cuanto a las otras razones en contra del criterio legal, que nosotros defendemos, no son de mayor consistencia: la denominación que se le da es lo de menos, lo que importa es ver la intención o finalidad que se persigue en los artículos 564 y siguientes, que volvemos a insistir no es un trabajo personal, como sucede por ejemplo en la prestación personal tipo: el servicio militar, sino un dinero, que sólo ante la imposibilidad de conseguirlo es sustituído por trabajo. Aquí, no interesa que los vecinos trabajen, como lo prueba el que puedan redimirlo dando en dinero su valor, como sucedería si efectivamente fuera una prestación personal; el servicio militar en la casi totalidad de los países no es redimible, porque aquí sí que interesa el trabajo personal, aquí interesa que todos los nacionales tengan un mínimo de preparación militar

---

(39) M. Retortillo, obra cit. pág. 140: «De esta forma el municipio suple la falta de medios económicos, la carencia de dinero, que por otra parte no le es grato extraer al vecindario... y dispone de esta reserva que representa la movilización de mano de obra de su vecindario».

(40) Para Gascón y Marín este carácter demuestra la naturaleza de impuesto. V. su «Tratado de Derecho Administrativo», 12 edición, Madrid 1952, pág. 350.

por si en alguna contingencia ello es necesario. No hay que dejarse confundir por la denominación de una institución, sino hay que —como en este caso hicimos —, entrar en su contenido viendo lo que efectivamente encierra y persigue.

En cuanto a que el derecho histórico la configurase como prestación personal, no debe desorientarnos ya que era precisamente por no tener en cuenta la anterior consideración, ya que los legisladores no precisaron lo que efectivamente era la finalidad última de la institución. Pero incluso si nos fijamos en los orígenes de este ingreso veremos que nace en los pequeños municipios *en defecto de ingresos económicos*, para realizar las obras públicas más fundamentales (41).

Otra razón la podemos ver en el Real Decreto de 1848, en su artículo 8 establecía que los indigentes, no estaban obligados a la prestación personal, y en Canarias las personas que por su edad o circunstancias no podían o no debían concurrir a la prestación, satisfacían 5 reales por cada día (42).

Y por último en lo que se refiere a la opinión de los autores, no hay en ella argumentos de peso que puedan destruir las consideraciones hechas en favor de la naturaleza jurídica de impuesto.

Resumiendo diremos, que no hay duda que la prestación personal y de transportes tal como la regula la Ley de Régimen Local, tiene la naturaleza jurídica de impuesto, y como tal todas las características específicas de éste, que resume ALVAREZ DE CIENFUEGOS en las siguientes: el ser un ingreso derivado, el tener un carácter coactivo y el ser el medio general de cubrir las necesidades de las Entidades públicas (43).

Así pues, admitida como correcta la calificación legal de la prestación personal y de transportes ya que su finalidad

---

(41) V. Segura «Génesis de la prestación...», Revista Estudios de la Vida Local, número 27, página 417.

(42) V. Enciclopedia jurídica Seix, voz «Prestación personal», página 501, volumen XXV.

(43) V. Alvarez de Cienfuegos «Hacienda Pública», 3.ª ed., Granada 1950, página 168 y siguientes.

es la del impuesto, pasaremos a examinar su problemática en la Ley, sin perder de vista en ningún momento tal configuración que habremos de tener presente al realizar el estudio sistemático que de este ingreso de la Hacienda municipal a continuación vamos hacer.

## *IV.—SU CARACTER*

### *A) Desde el punto de vista de la capacidad tributaria del sujeto obligado.*

La ciencia de la Hacienda desde este punto de vista distingue tres modalidades de impuesto: fijo, proporcional y progresivo. Con SAURA PACHECO diremos que impuesto fijo es «el que grava en igual cuantía las diferentes manifestaciones de riqueza. En un Estado social primitivo en que hubiera pocas desigualdades económicas entre los hombres, serían suficientes impuestos de capitación o sea impuestos que se calculan a razón de tanto por cabeza. Pero el impuesto de capitación no es propio de sociedades desarrolladas y complicadas como las nuestras. Por eso en los sistemas fiscales modernos sólo se encuentran algunos vestigios del impuesto de capitación, pues es necesario que cada uno pague según su capacidad contributiva» (44). Uno de esos vestigios de impuesto por cabeza de que habla el profesor SAURA, es precisamente la prestación personal en la conceptuación que, como impuesto hace de ella la Ley de Régimen Local, ya que se exige de todos los residentes sin distinción alguna de capacidad. Ahora bien, si la prestación personal en la Ley, es un impuesto fijo, la otra prestación regulada en los artículos tantas veces citados 564 y siguientes, es decir, la de trans-

(44) A. Saura Pacheco, «Principios y sistemas de Haciendas locales»; Madrid 1949, página 205.

portes, no tiene tal carácter, sino por el contrario el de impuesto proporcional, es decir, impuesto cuya cuantía va aumentando en proporción al aumento de la base o capacidad del contribuyente, o como dice A. DE CIENFUEGOS «aquel en que se exige siempre la misma parte alícuota cualquiera que sea el valor de la base imponible (45).

*B) Desde el punto de vista de su periodicidad.*

Desde este punto de vista los ingresos de las entidades públicas, y por tanto los impuestos, pueden ser ordinarios o extraordinarios. Ordinario aquel que se percibe periódica y normalmente y extraordinario aquel con el que no sucede esto.

¿El impuesto de la prestación personal y de transportes en la Hacienda local es ordinario o extraordinario? No cabe duda de que es ordinario. La prestación personal en cuanto impuesto siempre tienen este carácter, el ser medio normal con que se nutren las Haciendas municipales débiles. Si tuviese carácter extraordinario, si se exigiese sólo en circunstancias anormales, no sería impuesto, sino prestación personal en el más estricto sentido con que esta palabra se usa en la terminología administrativa, ya que en este caso su finalidad no sería la obtención de unos ingresos, sino verdaderamente, un trabajo personal.

En este punto estamos de acuerdo con el Derecho positivo histórico. Sin embargo la L. de B. de Régimen local de 17 de julio de 1945 (Base 29) y la Ley articulada de 16-XII-1950, lo consideraron como impuesto extraordinario. Decía la citada Base 29 y repetía el artículo 555 de la Ley: «Para obras y servicio urgentes de carácter extraordinario podrán establecer los Ayuntamientos la prestación personal y la de transportes». Ahora bien, tal configuración es francamente desafortunada, como se encargaron de decir todos cuantos se han ocupado de este problema, y nosotros consideramos que si precisamente es impuesto, lo es debido a su

(45) Obra cit., pág. 176.

carácter ordinario, a ser el medio normal de que se valen los municipios pobres para conseguir ingresos. La mayoría de los pequeños municipios españoles y en general todos los rurales (46), es merced a este recurso como pueden realizar sus obras más corrientes: limpieza de caminos, fuentes, etc., viniendo a resultar, si se le da carácter extraordinario que sólo en circunstancias excepcionales podría hacerse tal limpieza. Desaparecería toda su utilidad, que es mucha, para los municipios débiles económicamente. Solamente un total desconocimiento de las Haciendas locales de los municipios rurales puede llevar a caracterizar de extraordinario este impuesto. Que esto es cierto lo prueba, el que la L. de B. de Haciendas locales de 3 de diciembre de 1953, articulada el 18 del mismo mes y año, y refundida en el texto publicado por el Instituto de Estudios de Administración Local el 24 de junio de 1955, haciéndose cargo de la realidad, modifica el criterio de la legislación anterior y vuelve, de acuerdo con el Derecho tradicional, a considerarlo impuesto ordinario, si bien limitado solamente a los municipios menores de 10.000 habitantes, ya que se entiende que en los mayores de tal cifra existen otros medios impositivos, otros medios de lograr riqueza. El artículo 564 de la vigente Ley de Régimen Local dice así: «Los Ayuntamientos de municipios hasta diez mil habitantes... podrán imponer la prestación personal y de transportes como recurso de carácter ordinario...». Pero aunque así no hubiera sido, aunque se considerase como recurso extraordinario, existe una fuerte costumbre arraigada en la vida local, que hacía establecer para obras ordinarias, este impuesto, aún cuando fuera en contra de los principios generales del Derecho, concretamente del artículo 5 del Código Civil (47).

---

(46) No hay que confundir los pequeños municipios con los municipios rurales. V. sobre esto la obra de Gallego Burín «Municipios grandes, medianos y pequeños», Madrid 1955. Concretamente los cap. III, IV y XI.

(47) Quiérese decir que en la práctica era la costumbre más fuerte que el precepto de la Ley de Régimen Local, a pesar de que el artículo 5.º del Código Civil, que tiene un carácter general, dice que «las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores no prevaleciendo contra su observancia la costumbre, el desuso ni la práctica en contrario».

## V.—*SUJETO ACTIVO*

Si bien la ciencia de la Hacienda al hablar del sujeto de la imposición, se está refiriendo normalmente al sujeto obligado al pago, nosotros distinguimos entre el sujeto activo —que estudiamos en este epígrafe— y el pasivo o sujeto obligado. La razón de ello estriba en que el sujeto que puede imponer la prestación personal o de transporte ofrece unas características especiales que es necesario examinar.

Consideramos sujeto activo de la imposición aquel que está facultado para establecerla. Es siempre —tratándose del impuesto—, una Entidad pública, que en este caso es el municipio, pero sólo los menores de 10.000 habitantes en razón a las consideraciones que antes ya exponíamos: los municipios ricos, y se suponen tales los mayores de 10.000 habitantes, tienen otros medios más aptos de conseguir ingresos. Igualmente puede ser sujeto activo de este impuesto las Entidades Locales Menores (48), en cuyo supuesto sí también la tiene establecida el Ayuntamiento al cual pertenece aquélla, los residentes de la misma se encuentran sometidos a una doble prestación (49).

El principio de que sólo los municipios menores de 10.000 habitantes pueden establecer este impuesto, sufre una excepción en el número segundo del artículo 564 de la Ley al permitir a los municipios de cifra superior de habitantes, establecerla para conseguir los fines, que en todo caso debe perseguir este impuesto —ya veremos cuáles son— en los núcleos rurales de sus respectivos términos, siempre que la población de dichos núcleos no exceda del límite señalado. Esto sirve a GALLEGO BURIN, para destacar el carácter rural

(48) V. artículo 564 y concordante 430.

(49) Naturalmente el sujeto que puede imponer este impuesto no es el municipio ni la entidad local menor, aunque así lo hayamos expresado, sino el Ayuntamiento o la Junta vecinal que son la encarnación o representación jurídica de aquéllos.

que según él tiene este ingreso (50). Es de notar que tal precepto pudiera dar lugar a ciertos problemas, en razón a que no es siempre posible fijar con exactitud, a falta de criterio legal, el carácter rural de un núcleo.

La Ley de Bases de 1945, el Decreto ordenador de Haciendas Locales de enero de 1946 y la Ley articulada de 1950, por el carácter extraordinario que le daban a este impuesto no hacía limitación alguna, pudiendo en consecuencia todos los Ayuntamientos establecerla.

Sabemos ya, quiénes tienen potestad para imponer esta prestación, ahora bien, es necesario justificarla. El fundamento de los impuestos, y en general de toda prestación radica según vimos en la necesidad que de los mismos se encuentran las Entidades públicas. Se imponen en virtud del poder soberano del Estado, una de cuyas facetas es la soberanía financiera, cuya principal manifestación es la imposición de tributos. Tratándose de los Entes locales esta potestad financiera la tienen por concesión del Estado, en razón a que también persiguen fines de interés general que, como tales, no pueden ser indiferentes a aquél, ya que en definitiva, son «fines indirectos del Estado de los cuales no se pueden desentender» (51). Es este problema —el de la potestad tributaria del Municipio—, sumamente arduo y con respecto al cual hay diversidad de pareceres en lo referente a la autonomía o no, con respecto al Estado. No podemos nosotros entrar en su estudio aquí, ya que nos llevaría muy lejos y escaparía de los límites que a este trabajo impusimos. Bástenos decir, que nos parecen sumamente atinadas las consideraciones hechas por SAURA, en contra de una amplia autonomía financiera municipal, ya que siempre ha de estar subordinada al Estado y sometida a una «vigilancia ejercida desde arriba» (52).

---

(50) Obra citada, página 260.

(51) V. Garrido Falla «Administración indirecta del Estado y descentralización funcional», Madrid 1950, página 9.

(52) V. Saura Pacheco, obra citada, página 53-54.

## *VI.—SUJETO PASIVO*

Con respecto al sujeto pasivo o sujeto por antonomasia de la imposición, debemos distinguir según se trate de prestación personal o de transportes.

### *A) Sujeto pasivo de la prestación personal.*

Lo serán todos los residentes varones (53). Es decir, de las dos categorías de habitantes, de un término municipal que la Ley distingue: residentes y transeúntes, todos los primeros, varones, independientemente de su condición de cabezas de familias, vecinos o domiciliados, vienen obligados, quedando exentas todas las mujeres, de acuerdo con el criterio tradicional que veíamos.

Un problema se podría plantear con respecto a los extranjeros de los que la Ley no dice nada; nosotros creemos que independientemente de tal condición, siempre que tengan la cualidad de residentes vienen obligados, ya que deben de estar sometidos a las mismas cargas que los nacionales, puesto que en general, se benefician igual que éstos de los servicios y actividades del Municipio.

El principio general de que todos los residentes vienen obligados, sufre numerosas excepciones, —aparte de la general respecto a las mujeres—, que señala el artículo 565 y que podemos clasificar de la siguiente manera:

a) Por incapacidad física (real o presunta):
   1) Menores de 18 años.
   2) Mayores de 55 años (54).
   3) Los mayores de 18 y menores de 55 años imposibilitados físicamente.

---

(53) Art. 565 Ley de Régimen Local.

(54) Como se ve se mantiene la edad de 18 años del Estatuto y del Real Decreto de 1848 y se fija como máxima la de 55, intermedia entre los 50 y 60 años sobre los que oscilaba la Legislación tradicional.

b) Por razón de la función que desempeñan:
   1) Las autoridades civiles y militares (55)
   2) Los maestros de instrucción primaria.
   3) Los militares y marinos mientras permanezcan en filas.
c) Por respeto a la religión católica.
   1) Los clérigos y religiosos del culto católico.
d) Por motivos de seguridad pública:
   1) Los reclusos en establecimientos penitenciarios.

Toda exención supone una excepción al principio fundamental del impuesto: el de la generalidad, y por lo tanto debe huírse de ellas y evitarlas en lo posible. Por ello, y al darse a la prestación personal y de transportes, en la Ley de Régimen Local, el carácter redimible, como consecuencia de su calificación de impuesto, no encontramos justificadas muchas de las exenciones antes citadas. Si la finalidad de la prestación personal y de transportes en el régimen local actual, es la obtención de un dinero, no deben muchas de las personas que según la Ley están exentas, escapar de tal obligación, debiendo entregar en dinero el valor de la misma, ya que lo contrario supone infringir el principio de justicia distributiva fundamental en la imposición. Solamente cuando algunos de los exceptuados demostrase además pobreza, deberían no venir obligados.

Por otra parte la Legislación actual no exime, como hacía la tradicional a los indigentes, lo cual es injusto si se piensa que dichos individuos precisan de su trabajo personal íntegramente para el sustento suyo y el de su familia, viéndose privados de lo imprescindible para sus necesidades vitales los días en que deben satisfacer la prestación; para evitar esto los Ayuntamientos y Entidades Locales menores suelen exigir tan sólo una o dos horas al día, después de la terminación del acostumbrado trabajo individual, en vez de hacerlo por días enteros.

Con respecto al sujeto pasivo de la prestación personal nos queda por tratar lo relativo a la posible obligación por

---

(55) El determinar quien tiene la consideración de autoridad también puede plantear serias dudas y problemas.

parte de la Administración, de asegurar contra accidentes de trabajo a quienes la prestan. A este respecto, es indiscutible que por tratarse de un impuesto y no de una relación de servicios, y por lo tanto de contribuyentes y no asalariados, no siéndoles aplicable la legislación laboral, no existe en puros principios, tal obligación, y así vemos cómo en la Ley de Régimen Local nada se dice. Sin embargo no estaría de más, que los Ayuntamientos y Juntas vecinales asegurasen a quienes prestan la prestación personal, contra posibles riesgos con ocasión del trabajo objeto de la misma (56).

*B) Sujeto pasivo de la prestación de transportes.*

Esta prestación que fué regulada, según vimos, como impuesto por el Real Decreto de 6 de marzo de 1928, que modificó en este punto al Estatuto, en la legislación vigente ha sido extendida considerablemente la obligación de prestarla, ya que comprende a las Sociedades y empresas, excluídas en la legislación anterior. Dice el artículo 567 de la Ley: «La obligación de la prestación de transportes alcanzará:

a) A las personas residentes en el término municipal que sean dueñas de ganado menor y mayor de tiro y carga y de carros y vehículos mecánicos de transportes de acarreo;

b) A las empresas, sociedades y compañías, que sean dueñas de iguales elementos y tengan explotaciones agrícolas, mineras, industriales o comerciales en el término municipal, y

c) A los hacendados no residentes en el municipio dueños de ganados, carros y vehículos mecánicos que los utilicen en las explotaciones radicadas en el término, durante tres meses al año por lo menos».

Esta prestación no tiene, como sucede con la personal,

---

(56) De este mismo parecer es Gallego Burín, quien llega a sostener que sería de de desear que expresamente en la Ley se recogiera tal obligación para Ayuntamientos y Juntas vecinales. V. obra cit., pág. 266.

La S. de 7 de julio de 1931 negó la condición de obrero a efectos de indemnización para efectos de trabajo, a quienes realizan la prestación personal.

y como con ella hacía la Ley de 30 de julio de 1904 y su Reglamento, excepción alguna, —el artículo 124 del Reglamento de Haciendas Locales, es en este punto terminante—.

En cuanto a la relación entre las dos clases de prestaciones, la Ley de 1950 admitía la posibilidad de que fueran simultáneas pero no compatibles, es decir, que una misma persona no podía venir obligada por ambas prestaciones, pero el texto refundido de 1955 varía tal criterio estableciendo el artículo 569: «las prestaciones personales y de transportes son compatibles entre sí, pudiendo ser aplicadas simultáneamente».

C) *Redención.*

Ambas prestaciones, como impuestos que son, y por lo tanto persiguiendo la obtención de recursos económicos, pueden ser redimibles en metálico, «al tipo del jornal medio de un bracero en la localidad según la estación o época del año en que la prestación se exija» (57), la personal, y la de transportes al tipo de las «cantidades del servicio en la localidad» (58). Dice el comentarista MARQUES, que esta redención es lo que motiva que la Ley la conceptúe como impuesto, nosotros diríamos que es precisamente lo contrario, que si se piensa se verá que es cosa completamente distinta. Según el criterio de la Ley los exentos no tienen porqué redimir, contra cuyo precepto ya nos manifestamos.

## *VII.—FINES*

Como se sabe, uno de los principios generales de la imposición es la no adscripción a fines específicos de los recursos obtenidos mediante la misma. El fin de impuesto es cubrir los gastos públicos que a su vez vienen motivados por

(57) Artículo 566.
(58) Art 568, núm. 2.

las necesidades de tal carácter, pero no tiene normalmente determinado un fin concreto, sino que es discrecional de la Administración el aplicarlos a una u otra necesidad.

Sin embargo, tratándose de la prestación personal y de transportes no sucede así, sino que tiene forzosamente que ser destinada a unos fines concretos que la Ley señala. Estos fines de acuerdo con el artículo 564 son:

a) Apertura, reconstrucción, conservación y limpieza de vías públicas, urbanas y rurales;

b) Construcción, conservación y mejora de fuentes y abrevaderos, y

c) Fomento y construcción de obras públicas a cargos de las Entidades municipales.

Toda prestación para fines distintos de los señalados en el citado artículo hay que considerarla ilegal. El impuesto, como limitación que es de la propiedad individual, única y exclusivamente obliga en la medida señalada por las leyes formales, aunque hay que tener presente que la fórmula del artículo 564 es lo suficientemente amplia como para poder comprender multiplicidad de fines.

Con respecto a las obras a que se destina la prestación personal y de transportes, normalmente tendrán que realizarse por gestión directa de la propia Administración, ya que la contratación sería prácticamente imposible (59).

## *VIII.—OBJETO, BASE Y TIPO*

Se entiende por *objeto* de un impuesto «la materia, acto o hecho que la Ley establece como ocasión o motivo de obtener aquél»; la *base* sería «el valor, peso, extensión o capacidad aplicando a la cual el tipo de imposición fijado por la Ley se obtiene la cuota tributaria», y el *tipo* «el tanto por

(59) Sobre este punto puede consultar la obra citada de Gallego Burín, pág. 265-66.

ciento o cantidad fija que se ha de satisfacer por cada unidad de la base del tributo» (60).

Intentaremos, seguidamente, aplicar estos conceptos a la prestación personal y de transportes, estudiándolas separadamente.

*A) Objeto de la prestación personal.*

Resulta difícil encontrar el objeto de este impuesto, esto es, el hecho imponible o motivo con ocasión del cual se exige esta prestación. Pudiera considerarse como tal la necesidad de realizarse una de las obras comprendidas en el artículo 564 que veíamos en el epígrafe anterior, aunque en realidad esto es el fin del impuesto, que si bien, como ya decimos, en general no tiene un fin concreto y determinado, aquí sí tiene predeterminado su destino. No nos queda como objeto de este impuesto más que el hecho de la residencia sin más. Todo residente por el *hecho* de serlo, con las solas excepciones más arriba examinadas, viene obligado a satisfacer esta prestación.

*A') Objeto de la prestación de transportes.*

Respecto a esto se puede decir algo análogo a lo anterior, sólo que aquí al hecho de la residencia hay que añadir para la persona individual el hecho de ser dueño de los medios de transporte que constituyen la base de este impuesto, aunque no sea residente, siempre que se utilicen en el término municipal durante tres meses al año por lo menos, y para la persona jurídica, el hecho de realizar explotaciones agrícolas, mineras, industriales y comerciales en el término municipal.

*B) Base de la prestación personal.*

No se distingue del objeto, en este caso, por tratarse, según vimos, de un impuesto fijo. En general al objeto y

(60) V. Alvarez de Cienfuegos, obra cit., pág. 186.

la base, como dice ALVAREZ DE CIENFUEGOS (61), son dos conceptos semejantes, no existiendo entre ellos más diferencia que la de que el uno es genérico y el otro específico.

*B')* *Base de la prestación de transportes.*

Será el número de cabezas de ganado de tiro y cargo, carros y vehículos mecánicos de transporte y acarreo.

*C)* *Tipo de la prestación personal.*

No podrá exceder de 15 días al año, ni de tres consecutivos (62). Tratándose de Entidades Locales Menores no podrá ser superior a 8 días al año (63), y aunque la Ley no lo dice hay que entender que no podrán ser más de tres días consecutivos. Ahora bien, si el Ayuntamiento al cual pertenece la Entidad Local Menor, no tuviera establecida la prestación personal, podrá ser utilizada por ésta durante el plazo máximo de quince días (64).

*C')* *Tipo de la prestación de transportes.*

a) Ganado y carros: no podrá exceder de diez días al año ni de dos consecutivos (65). En las Entidades Locales Menores no excederá de cuatro días al año (66); y aunque la Ley no lo dice, hay que entender, lo mismo que hicimos con las prestación personal, que no podrán ser nunca más de dos los días consecutivos.

b) Vehículos mecánicos: no excederá de cinco días al año, no pudiendo ser ninguno consecutivo (67). Las Entida-

(61) Obra cit., pág. 186.
(62) Art. 566 Ley de Régimen Local.
(63) Art 430, núm. 3.
(64) Art 430, núm. 3.
(65) Art. 568, núm. 1.
(66) Art. 430, núm. 3.
(67) Art. 568, núm 1.

des Locales Menores podrán establecerlas como máximo durante tres días (68), entendiendo también que no podrá ser ninguno consecutivo.

Al hablar de la prestación personal en las Entidades Locales Menores veíamos que si el Ayuntamiento no la tenía establecida, podían aquéllas ampliar el plazo hasta el permitido a éstos, pero nada se dice respecto a la de transportes, aunque no hay inconveniente, por analogía, en aplicar el mismo criterio. Incluso de la misma redacción del número 3 del artículo 430, se desprende tal interpretación ya que se usa el término prestación personal en un sentido amplio, comprendiendo toda clase de prestación.

Hay que entender, en lo que se refiere a la prestación de transportes, con la Ley de 30 de julio de 1904, que el máximo de días es por caballería o vehículo, no por todas las que tenga un contribuyente.

Como se ve, el tiempo de duración es diferente según la clase de prestación, cosa que no sucedía en la legislación anterior, siendo el criterio legal actual, criticado por los comentaristas de la Ley de Régimen Local, por ejemplo, el ya citado Marqués, que considera más lógico el anterior, ya que los trabajos necesitan ordinariamente el empleo combinado y simultáneo del esfuerzo físico y de elementos: carros, caballerías. Sentimos, no estar tampoco en este punto de acuerdo con el autor mencionado, ya que si es indudable lo que dice de la necesidad conjunta de ambas prestaciones, hay que tener presente que el criterio para fijar el tiempo de las mismas es distinto, o en otros términos, la base es distinta según vimos. El tiempo de la prestación personal se fija por contribuyente, es el mismo para todo residente, independientemente de otras circunstancias, a diferencia de la de transportes en la cual el plazo se fija, no por contribuyente, sino por cabeza de ganado o vehículo, de tal forma que un individuo que tenga tres carros, pongamos por caso, vendrá obligado a prestarlos por un plazo de 30 días, mientras que su prestación personal sólo sería de 15 días, de tal forma que se puede,

(68) Art. 430, núm. 3.

perfectamente, lograr un empleo conjunto y combinado de trabajo y materiales.

Al ser, como ya dijimos, en el texto refundido de la Ley de Régimen Local, compatibles las dos prestaciones permite el artículo 569, número 2, que «los obligados a la de transportes, podrán realizar la personal, con sus mismos ganados, carros o vehículos cuando se diera la simultaneidad autorizada», con lo que se consigue que los carros, ganados y vehículos no sean utilizados por personal ajeno a su dueño, que pudiera hacer un mal uso de ellos, con deterioro de los mismos.

Por último, para acabar este apartado hemos de recordar lo mandado en la Circular de 15 de octubre de 1951, luego reproducido en el artículo 125 del Reglamento de Haciendas Locales: «para fijar los períodos de esta prestación, los Ayuntamientos procurarán que no coincidan con las épocas de sementara o recolección», que no hace más que recoger uno de los principios administrativos de la imposición formulados por ADAM SMITH: el que «Todo impuesto debe percibirse en la época y del modo que cause la menor molestia al contribuyente».

## *IX.—MODALIDADES ESPECIALES DE ESTE INGRESO*

El artículo 571 de la Ley de Régimen Local establece la posibilidad de que las Entidades locales, a las que en general se les permite establecer este ingreso (Municipios ménores de 10.000 habitantes y Entidades locales menores), puedan utilizarlo sin sujetarse a las normas generales, «siempre que respondan a formas tradicionales admitidas en la localidad».

Para acogerse a estas modalidades es necesario un procedimiento especial a fin de ser aprobadas por la superioridad que es como sigue:

1.º Justificación por las Entidades interesadas.
2.º Informe del Servicio de Inspección y Asesoramiento.
3.º Aprobación por el Gobernador Civil.

Una vez obtenida esta aprobación, la Ordenanza fiscal,

necesaria en toda exacción, seguirá el trámite normal previsto en la Ley.

Supone, este precepto de la Ley, el reconocimiento de las modalidades especiales por las que tradicionalmente se rigiese la prestación personal y de transportes. Hemos visto como tal ingreso responde a una costumbre tradicional de los pueblos, que el legislador actual no tiene ningún interés en desconocer. La Ley de Régimen Local a través de todo su articulado, tiene buen cuidado en respetar aquellas características peculiares de los distintos lugares, y en este supuesto con mucha más razón, ya que es necesario que las Haciendas locales se adapten lo más exactamente posible a la realidad económica del lugar.

## *X.—CONSECUENCIAS DE LA CONSIDERACION DE IMPUESTO*

Podemos señalar entre otras las siguientes:

1.º Necesidad de formarse, como para toda exacción, una Ordenanza siguiendo los trámites señalados en el artículo 717 y ss. de la Ley de Régimen Local, exigiéndose además un padrón contributivo.

2.º El lugar de encuadramiento en la Ley, es el libro relativo a las Haciendas Locales (L. IV), y no en la policía urbana o rural como algún autor señala.

3.º En el Presupuesto, en el estado de gastos debe figurar la cantidad que se considera necesaria para realizar las obras a que se destinan las prestaciones, y en el de ingresos el importe o valor que se supone equivalen las prestaciones. Esto dadas las características especiales de este ingreso, puede dar lugar a dificultades contables (69).

4.º Consecuencias jurisdiccionales. Punto éste que tiene gran importancia. Al ser impuesto, todas las cuestiones jurisdiccionales que respecto a él se plantean, lo serán ante el tribunal económico-administrativo provincial. Contra las

(69) Para ampliación de este punto V. la obra cit. de Gallego Burín, página 261 y siguientes.

multas impuestas a tenor del artículo 570 de la Ley de Régimen Local (70), no se podrá hacer uso del recurso de alzada del artículo 385, sino solamente de acuerdo con el artículo 126 del Reglamento de Haciendas locales, recurso en vía económico-administrativa, quedando como potestativa la utilización de un recurso previo de reposición conforme el artículo 380 de la Ley de Régimen Local.

A este respecto nos sirve para confirmar lo anteriormente dicho, la resolución dada por el Real Decreto de 15 de agosto de 1927, a una cuestión de competencia entre el Delegado de Hacienda de Burgos y el Juez de Instrucción de Villarcayo, (el Estatuto municipal establecía contra las multas impuestas por los Ayuntamientos recurso ante la autoridad judicial en vez, como hace la actual Ley, ante el Gobernador Civil, por lo que los supuestos son análogos), con motivo de un recurso de alzada interpuesto por un vecino de Espinosa de los Monteros contra un acuerdo del Alcalde por el que se condenó al recurrente al pago de una multa por falta de prestación impuesta obligatoriamente, considerando el citado Real Decreto competente para conocer del recurso de alzada, al **Tribunal económico** administrativo y no al Juez de Instrucción, ya que si todas las cuestiones relativas a los impuestos, y las prestaciones personales y de transportes lo son, conocerá de ellas aquel organismo, los recursos contra multas como consecuencia de la falta de prestación, también serán de su conocimiento en virtud del principio de que «lo accesorio sigue a lo principal», como aducía el repetido Real Decreto (71).

Hoy día como decimos más arriba, no hay problema alguno, ya que los preceptos legales son terminantes y claros.

JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE

*PROF. A. DE DERECHO ADMINISTRATIVO*
*SECRETARIO DE ADMINISTRACION LOCAL DE 1.ª CATEGORIA*

---

(70) Art. 570 Ley de Régimen Local. «La falta de concurrencia a las prestaciones sin la previa redención, obligará al pago del importe de ésta, más una multa de igual cuantía, exaccionándose ambos conceptos por vía de apremio administrativo».

(71) Cit. por Barros «D. Local de España», Madrid 1950, pág. 690.

# JURISPRUDENCIA

## AUDIENCIA TERRITORIAL DE OVIEDO

# RECURSOS DE SUPLICACION EN PROCESOS SOBRE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Al establecer la nueva Ley que rige esta materia, en su texto articulado de 13 de abril del corriente año (artículos 132 y siguientes), el, por ella llamado, recurso de «suplicación», que viene a sustituir, en cierto modo, para los asuntos iniciados ante los Juzgados Municipales y Comarcales, el de Injusticia notoria de que conoce el Tribunal Supremo hemos creído del mayor interés recoger las soluciones que dicte la Sala de lo civil de nuestra Excelentísima Audiencia Territorial, puesto que sus declaraciones constituyen una verdadera jurisprudencia para toda la Región.

Iniciamos, pues, esta sección, llevando a ella las ocho primeras Sentencias que han sido dictadas, con indicación de su fecha, Juzgado de origen y Ponente que las redactó, precediéndolas un pequeño resumen de su doctrina, antecedentes y motivos del recurso. Y numerándolas correlativamente para las referencias y concordancias ulteriores en que sea preciso citarlas.

De este modo nuestros lectores podrán tener un verdadero fichero en la materia. Lo que, repetimos, prestará, a todos, la mayor utilidad.

## Sentencia n.° 1 - Avilés, 17 de noviembre de 1956

## Ponente: Sr. Díaz-Faes

### DOCTRINA

El respeto a los hechos probados en los recursos de suplicación por infracción de Ley o de doctrina legal, no obliga a aceptar, también, las consecuencias que de ellos extraiga el juzgador de instancia. Si al celebrarse el contrato sobre una vivienda y un local de negocio, se fijó para ambos una sola renta, y no consta se hiciera de ella una distribución para cada uno, no es viable la solicitud de que se resuelva el arriendo tan sólo para la vivienda, y resulta, además, incompetente el Juzgado comarcal para entender en tal proceso.

### ANTECEDENTES

En ausencia del dueño del inmueble, por la prisión que sufrió bajo la dominación roja, ocupó el demandado, en momentos sucesivos, primero el bajo comercial y luego uno de los pisos destinados a vivienda, locales enteramente independientes y autónomos, aunque formando parte, como plantas superpuestas, del mismo edificio. Ya en libertad dicho propietario, no tuvo inconveniente en legalizar la situación posesoria anterior, mediante contrato verbal del que no existen en autos otros antecedentes que los ulteriores recibos de renta; con arreglo a los que se satisfizo siempre una cantidad única, no habiéndose practicado ninguna otra prueba en contrario y quedando, así, por justificar la distribución de esa renta, para piso y bajo, que sólo se alega en la demanda y que contradice el demandado.

En tal estado de cosas, se insta, ante el Juzgado Comarcal de Gozón, la resolución de arriendo para el piso vivienda, fundándose en que, por haber contraído matrimonio la hija del actor, no puede seguir conviviendo con él. El demandado opuso la incompetencia de jurisdicción, por entender se trataba de arriendo cuyo objeto principal era el local de negocio, aunque también comprendiera la vivienda; adujo que no existía realmente la necesidad invocada; y que, además,

en todo caso, no se daban, ni aducían siquiera, las circunstancias exigibles para el desalojo del arriendo del bajo.

Y se dictó Sentencia desestimando la excepción antedicha y accediendo al desahucio. Esta Sentencia fué confirmada por el Juzgado de Primera Instancia en grado de apelación.

## MOTIVOS DEL RECURSO

a) El artículo 1.091 del Código civil, por eximirse al arrendador de cumplir el contrato en los términos estipulados.

b) El artículo 5.º de la vigente Ley sobre arrendamientos urbanos, puesto que, al ser estimada la demanda, se considera como arrendamiento de vivienda lo que en realidad recae sobre local de negocio, carácter que no pierde ese contrato por el hecho de que, conjuntamente con el establecimiento mercantil, tenga allí su domicilio el arrendatario.

c) Los 70 y 122 de la misma Ley, en cuanto a la jurisdicción y a las causas de resolución alegadas, pues que, indebidamente, se aplican las normas que rigen para viviendas en esas materias a los arriendos que recaen sobre locales de negocio.

d) El artículo 62 de la misma Ley sobre arrendamientos urbanos, por no haber demostrado el actor la necesidad que invoca.

## RESULUCION

Se da lugar al recurso declarando la incompetencia de Jurisdicción, con la consiguiente desestimación de la demanda e imposición al actor de las costas de la 1.ª instancia, sin hacer especial condena por las originadas con el recurso. Y ello en virtud de los siguientes fundamentos:

### I

Que fundamentado el presente recurso en infracción de Ley, es necesario prestar acatamiento a los hechos procesales

que en la Sentencia recurrida se estiman probados, los cuales, en el presente caso, en orden a la norma aplicable, se reducen a que el arrendatario ocupó sucesivamente el piso primero de la casa del pleito, destinándole a vivienda, y después el bajo de la misma, que destinó a comercio de carnicería; únicamente a los efectos del presente recurso, se hallan afirmados así por el Juzgado sentenciador, ya que las apreciaciones que, en forma de interrogantes parece que acepta respecto a la dualidad de contratos en ambos objetos de arrendamiento, vivienda y local de negocio, son deducciones que, como consecuencia de no ser coetánea la ocupación y de ser independientes ambos locales, hace el juzgador, pero no expresa declaración de probada singularidad arrendaticia para cada una de las plantas que sucesivamente fueron ocupadas por el arrendatario; ante cuya situación de hechos procesales, y atendiendo a que el propio actor estableció como básico de su demanda la cesión en arriendo del bajo y piso primero de su casa en el año de 1937, sin diferenciación de fechas, y que en los recibos de pago de rentas figura la cantidad de 100 como renta única, y hasta en uno de ellos, en que se refiere a los pisos bajo y primero, no especifica la correspondiente a cada uno, por lo que resulta enteramente indeterminada, revelando así que la renta era unitaria, respondiendo a la unidad contractual que no aparece desvirtuada por el hecho de la sucesiva ocupación, pues la del piso, por la época en que tuvo lugar y las circunstancias que la rodearon, más bien que por razón arrendaticia, fué impuesta por la dominación marxista.

II

Que así estimada la realidad arrendaticia respecto al doble objeto del contrato, vivienda y local de negocio, aparece infringida la Ley en la Sentencia recurrida que aplica indebidamente los preceptos relativos al arrendamiento de vivienda al caso del pleito que implica la complejidad de tener conjuntamente como objeto también un local de negocio, integrando una unidad contractual, que no puede ser

resuelta en virtud de causas legales de resolución que afecten sólo a uno de los objetos del arrendamiento; y el haber sido declarada en la Sentencia recurrida determina la procedencia de la admisión del recurso que se funda en las denunciadas infracciones de Ley, ya que, en orden a la competencia, es distinto el órgano jurisdiccional para entender de vivienda o de local de negocio.

## Sentencia n.º 2 - Avilés, 13 de noviembre de 1956

## Ponente: Sr. Llopis Peñas

### DOCTRINA

No puede revisarse la apreciación de la prueba hecha en instancia cuando el recurso no versa sobre errónea aplicación del abuso de derecho. Si no se instó judicial o extrajudicialmente la efectividad de los derechos reconocidos en la legislación precedente antes de regir la actualmente en vigor, han de ajustarse a ésta, conforme a su disposición transitoria 2.ª. Pero si lo que se alega para resolver un arriendo, es el percibo, por el arrendatario subarrendador, de cantidades superiores al duplo de la renta que él satisface al propietario, no se puede tener en cuenta lo que prescribe el artículo 12 de la actual normativa, sino el régimen precedente, conforme a la disposición transitoria 5.ª, lo que hace inviable dicha pretensión.

### ANTECEDENTES

La dueña de un piso destinado a vivienda instó la resolución del arriendo sobre él convenido, y por el que venía percibiendo una renta de 40 pesetas mensuales. Previamente hizo un requerimiento notarial a su arrendataria, el 29 de mayo del corriente año, para que ésta reconóciera que con con ella vivían, además de un hijo suyo, con su esposa e hijos - nietos de la inquilina - otros dos matrimonios, uno de ellos también con un descendiente. Ese fué el hecho básico de su demanda, al que agregó que tal convivencia no

tenía lugar de un modo gratuito, pues, al menos por lo que atañe a los que no estaban ligados a ella por vínculos de parentesco, satisfacían, en total, 550 pesetas mensuales. La arrendataria contestó tal demanda diciendo que actualmente ya no vivía allí uno de los matrimonios extraños, que no era cierto le satisfacieran esas sumas, pero que, en todo caso, tal hipótesis no constituía motivo para resolver el arriendo con arreglo a la legislación antigua —aplicable a la hipótesis del supuesto exceso de renta— y a la actual que regía el número de convivientes autorizados—.

El Juzgado Municipal de Avilés desestimó la demanda; sentencia que fué confirmada por el Juzgado de Primera Instancia de la misma capitalidad.

## MOTIVOS DEL RECURSO

a) Indebida aplicación del artículo 18 de la vigente Ley sobre arrendamientos urbanos, por entender que la norma aplicable al caso en debate estaba constituída por el artículo 27 de la Ley antigua, conforme a lo que previene la disposición transitoria 5.ª de la actual.

b) Que existe a todas luces una errónea apreciación de la prueba.

c) No aplicación, y por ello infracción, del artículo 114, en relación con el 12 de la nueva Ley, dado que la renta porque se ha contratado el subarriendo excede, con mucho, del duplo de la que la inquilina paga, lo que constituye, también, causa de desahucio.

## RESOLUCION

Desestimatoria del recurso en virtud de los siguientes fundamentos.

### I

Que amparado este recurso de suplicación en el artículo 132 de la nueva Ley de arrendamientos urbanos apro-

bada por Decreto de 13 de abril de 1956, lo fundamenta la representación de la recurrente en las infracciones de Ley y de doctrina legal que contiene la Sentencia dictada en apelación por el Juzgado de 1.ª Instancia de Avilés; pues afirma que la legislación a aplicar el caso objeto del juicio es la Ley de arrendamientos anterior a la vigente. Pero tomando como punto de partida para la resolución de este recurso la Disposición transitoria 1.ª de la nueva Ley, que con carácter general establece su aplicación, no sólo a los contratos que se celebren a partir de su vigencia, sino a los que en dicho momento se hallaren en vigor, una vez que la aplicación de la Ley anterior se condiciona, en la transitoria 2.ª, a que el ejercicio de los derechos reconocidos en la legislación precedente se hubiera iniciado, extrajudicial o judicialmente, antes de la vigencia de la nueva Ley; es evidente que no practicado por el recurrente el requerimiento notarial hasta el día 29 de mayo de 1956, es fecha en la que ya había entrado en vigor la nueva ley, por el transcurso de 20 días a partir del 21 de abril en que terminó su inserción en el B. O. del Estado, y por ello no puede aplicarse al caso discutido, en todos sus aspectos y consecuencias, la norma derogada; sino que se rige por la vigente, que en su artículo 18 da cabida a la convivencia de dos subarrendatarios con sus cónyuges y los hijos sometidos a su potestad, que es el caso en que se halla la demandada, por ser los otros ocupantes familiares, situación creada al amparo de la antigua ley, que subsiste mientras convivan con el inquilino las mismas personas extrañas a la familia, con él conviventes, como expresamente ordena la disposición transitoria 5.ª de la nueva Ley; pero con la obligación, ya llevada a cabo por la arrendataria, por medio de la carta que dirigió a la propietaria, de notificar el nombre de aquellas personas, y el de los hijos que, con cada una de ellas, conviven.

II

Que el 2.º motivo del recurso plantea la representación de la recurrente razones de apreciación de la prueba; pero

como no se fundamenta este recurso en la errónea aplicación del abuso de derecho, sino en la infracción de Ley y de doctrina legal, hay que dar por sentados los hechos que se establecen en las Sentencias de ambos Juzgados, sin poder entrar en su valoración lo que sólo es factible con aquel fundamento.

III

Que también alega la recurrente, como tercer motivo del recurso, la infracción de Ley al aplicar el artículo 114, en relación con el 12 de la nueva Ley de arrendamientos urbanos hecha por el Juzgado de 1.ª Instancia de Avilés al conocer en apelación de la Sentencia dictada por el Juzgado municipal, por venir percibiendo la arrendataria, por el subarriendo, cantidades superiores al doble de la renta, que es el tope que fija el citado artículo 12; pero como se trata de relaciones jurídicas nacidas al amparo de la antigua Ley, que subsisten después de publicada la vigente, continuando del mismo modo que se originaron, aunque con el aumento de porcentaje de percepción a favor de la propietaria del 20 por ciento o el 30 por ciento, de no cumplir la obligación de aquella notificación; por cuyas razones el recurso de suplicación no puede prosperar y procede mantener en sus propios términos la Sentencia recurrida.

REFERENCIAS

Vid. en cuanto a la necesidad de respetar los hechos probados, cuando el recurso no se interpone por errónea aplicación del abuso de derecho, la Sentencia 1.ª.

## Sentencia n.° 3 - Infiesto, 23 de noviembre de 1956

## Ponente: Sr. G.ª del Casero

DOCTRINA

El recurso de suplicación por errónea aplicación del abuso de derecho sólo puede interponerse cuando el juzgador de instancia hizo uso de las

facultades desestimatorias que le otorga el artículo 9.º de la nueva Ley. Las normas procesales contenidas en el actual ordenamiento, y, por ende, las relativas a estos recursos, son siempre aplicables a los litigios iniciados con posterioridad a su vigencia. En el suplico de los escritos interponiendo estos recursos deben formularse pretensiones concretas sobre los pronunciamientos que hayan de hacerse al resolverlos, porque así lo exigen los principios de rogación y congruencia. El requerimiento de desalojo, previo al desahucio por causa de necesidad para las viviendas, no es imprescindible hacerlo notarialmente, sino que es también válido mediante acto conciliatorio. El plazo de 18 meses a que hace referencia la disposición transitoria 1.ª del ordenamiento derogado, no es aplicable a los supuestos de sucesión hereditaria. Y no es preciso que el matrimonio para el que se reclame la vivienda se haya celebrado cuando el requerimiento tenga lugar, si se prueba el proyecto serio y formal de efectuarlo, lo que sin duda ocurre cuando ya se contrajo al presentar la demanda.

## ANTECEDENTES

Celebrado un contrato de arriendo entre los litigantes, se hizo constar en él, con fecha 1.º de abril de 1939, que el arrendador era propietario del inmueble, propiedad adquirida con anterioridad a esa fecha, por el actor, a título hereditario. Conviviendo con el demandante varios hijos y estando para casarse uno de ellos —boda que posteriormente se celebró cuando aún no se había presentado la demanda— fué citado a acto de conciliación el demandado para que dejara libre la vivienda arrendada en el plazo de un año, ofreciéndole la correspondiente indemnización.

Transcurrido el plazo de preaviso, con fundamento en tales hechos, fué presentada la demanda, a la que se formuló oposición por las siguientes razones: Falta de legitimación activa, por no haberse probado la condición de dueño esgrimida para demandar; que tampoco estaba demostrada la necesidad de vivienda que se invocaba, porque no se probaba que la casa en que actualmente venían viviendo el actor y sus hijos no bastara para albergar, también, al nuevo matrimonio; las deficiencias del requerimiento previo, ya que no se llevó a cabo notarialmente ni se justificó el título de adquisición sobre la finca litigiosa, con lo que el plazo de preaviso no era de un año, sino de dieciocho meses; pero,

además, porque era preciso al hacer ese requerimiento, que ya estuviera celebrado el matrimonio, allí anunciado, y no se tratara de un mero proyecto.

El Juzgado Comarcal de Infiesto apreció la falta de legitimación «ad causam» para rechazar la demanda. Pero el Juzgado de 1.ª Instancia de la misma capitalidad, en grado de apelación, la revocó para acceder a la resolución del arriendo.

## MOTIVOS DEL RECURSO

a) Infracción de los artículos 503 y 504 de la Ley procesal civil, así como el 3.º, casos 2.º y 3.º, del Decreto de 21 de noviembre de 1952, en lo que afecta a la legitimación y hasta falta de acción para el proceso en debate.

b) Errónea aplicación del artículo 82 de la vigente Ley sobre Arrendamientos Urbanos, en relación con la Disposición transitoria 10.ª de la misma, que fija los plazos de preaviso y sus formalidades.

c) Errónea aplicación de la doctrina de la repetida Ley y del Código civil, en lo concerniente al nacimiento del derecho que se invoca.

d) Infracción del artículo 460 de la Ley procesal civil, al que se da un alcance que no tiene, en contradicción con los artículos 90, 102 y 106 de la Ley sobre arrendamientos urbanos, que atribuyen las notificaciones y preavisos a la función notarial.

e) Equivocada valoración y estimación de las pruebas aportadas por el actor, al no ser de presunción las necesidades de la ocupación y resultar obligado, con arreglo al artículo 77 de la repetida Ley especial, apartados B y C, la prueba de los presupuestos que en ellos se sientan.

## RESOLUCION

Desestimatoria del recurso en virtud de los siguientes fundamentos:

I

Que interpuesto el presente recurso por la parte demandada, invocando en apoyo de su tesis supuestas infracciones de Ley, de doctrina legal y errónea aplicación del abuso del derecho, se alega por la contraparte la improcedencia del mismo por no ser de aplicación al caso las normas procesales de la novísima Ley de arrendamientos urbanos, y que, aún en el supuesto de que fuese admisible, no puede prosperar por estar formulado incorrectamente, al no concretar pedimentos de fondo en el suplico, y, finalmente, que no existió ninguna de las infracciones que denuncia el recurrente.

II

Que el párrafo 2.º de la disposición transitoria 2.ª, establece: «si el procedimiento judicial estuviere iniciado, a la entrada en vigor de la presente Ley, serán aplicables las normas procesales de la legislación anterior, siendo de aplicación en los restantes casos, el procedimiento judicial establecido en la presente»; lo que quiere decir que su normación adjetiva será aplicable a todos los procesos que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor, y, por tanto, si la demanda origen de este juicio se interpuso en fecha 25 de junio del presente año, visto se está que, rigiendo ya el vigente ordenamiento arrendaticio, se pudo ejercitar el recurso de suplicación que nos ocupa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 132 de dicho cuerpo legal.

III

Que la simple lectura del suplico del escrito en que se interpone el recurso, claramente advierte que no se deduce petición alguna en orden a un pronunciamiento concreto por cuanto se limita, en síntesis, a decir que se tenga por interpuesto y se substancie en los términos previstos en el artículo 133 y subsiguientes de la novísima Ley arrendaticia; y aunque esta omisión de pedimentos, en acatamiento a los

principios de rogación y congruencia que informan nuestro derecho procesal, puede servir para desestimar el recurso interpuesto, es obvio que éste no puede prosperar tampoco en este caso por las razones de fondo luego recogidas.

## IV

Que a las pretensiones de fondo que se expresan en el cuerpo del escrito al recurrir, la desestimación del recurso se impone por las siguientes consideraciones: 1.ª Porque la notificación a que se refiere el artículo 82 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos, sólo exige que se haga de un modo fehaciente al inquilino afectado, con expresión de los requisitos que se expresan en el texto, y es evidente que la hecha por acto de conciliación es correcta procesalmente para su eficacia jurídica, por ser acto adecuado e idóneo, dentro de su ámbito, para la constatación de los presupuestos que la norma exige. 2.ª Porque si el carácter de propietario arrendador del demandante se hace constar en el documento privado en que se concertó el negocio locaticio, no le es lícito al demandado desconocer una personalidad que ya tiene reconocida fuera del proceso, según enseña reiterada doctrina jursiprudencial. 3.ª Porque el plazo preaviso de 18 meses a que hace referencia la transitoria décima de la Ley anterior a la derogada, alude al caso de que la adquisición del inmueble se realizara mediante compra, pero no al que tenga lugar por título hereditario, como aquí se demostró sucedía (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1953 y 21 de octubre de 1953). 4.ª Porque en la actuación negatoria a la prórroga del negocio arrendaticio por causa de necesidad en el caso de que contraiga matrimonio un descendiente del arrendador —causa primera del artículo 76 y apartado c) del 77 del antiguo ordenamiento de alquileres—, supuesto éste que fué la cuestión fundamentalmente controvertida en este litisno es preciso que el matrimonio haya de haberse celebrado antes del preaviso, pues la necesidad surge desde el momento en que hay un proyecto serio y formal, que es lo que vitaliza la acción, bastando que el casa-

miento tenga lugar antes de interponer la demanda, como ocurrió en el caso de autos; criterio éste proclamado por la jurisprudencia en la Sentencia de 20 de octubre de 1953 y que viene a ratificar el número 3.º del artículo 63, en relación con el párrafo segundo del 65, de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. Por todo lo cual es visto que no se dan en la Sentencia recurrida las infracciones de Ley y de doctrina legal que denunciaba el recurrente, ni mucho menos errónea aplicación del abuso de derecho ya que no se aplicó en la Sentencia; siendo, en consecuencia procedente la desestimación del recurso.

## Sentencia n.º 4 - Gijón 1 - 26 de noviembre de 1956

## Ponente: Sr. Alvarez (D. Luis)

### DOCTRINA

Con la expresión, en unos recibos, del concepto «aumentos por razón de subarriendo» se ha de dar por cumplida la exigencia del artículo 10 de la L. A. U. en orden a la forma documentada y expresa de la autorización para subarrendar, obstativa de la causa de resolución de contrato Demostrado que una persona viene actuando como administradora de otra, para la percepción de rentas y firma de recibos de ellas, con aquiescencia y conocimiento del dueño, vinculan a éste las declaraciones contenidas en tales recibos, por los efectos propios del mandato representativo, y aunque tal apoderamiento no conste de modo expreso. No puede hablarse de «abuso de derecho» cuando no se discutió este problema en primera instancia, ni se adujeron siquiera los hechos que lo habrían de determinar, por confusión de esa situación con la de «contra derecho» concepto enteramente diferente.

### ANTECEDENTES

La arrendataria de dos bajos destinados a vivienda y almacén, subarrendó uno de ellos a tercera persona, por lo que, el actor, alegando que él no consintió esa situación y

sobre la base de lo dispuesto en el artículo 114, causa 2.ª de la vigente Ley sobre Arrendamientos Urbanos, solicitó la resolución del arriendo.

La parte demandada sostuvo que ese subarriendo había sido consentido expresamente por quien, a título de administrador, venía cobrando las rentas y firmando los oportunos recibos; presentando, en prueba de ello, unos de tales recibos en que se consignaba el aumento de un diez por ciento precisamente por ese concepto, recibos cuya autenticidad fué constatada en período probatorio.

El Juzgado Municipal número 1 de Gijón desestimó la demanda absolviendo de ella, con imposición de costas al actor. Esta Sentencia fué confirmada por el Juzgado de 1.ª Instancia de la misma circunscripción.

## MOTIVOS DEL RECURSO

a) Infracción de los artículos 14 y 30 de la Ley Arrendaticia Urbana, de 21 de abril de 1940 y 10 y 22 de la actualmente en vigor, porque no basta para estimar autorizado un subarriendo con que, a espaldas de la dueña y por quien sólo era un encargado verbal para el cobro de rentas, estampase en unos recibos la partida «subarriendo diez por ciento 6 pesetas», lo que luego, al enterarse desautorizó la dueña, y ya no se volvió ni a efectuar ni a cobrar.

b) Errónea aplicación del abuso del derecho, porque se valoró indebidamente la prueba, según va detallando el recurrente, y fueron mal deducidas, por eso, las consecuencias legales extraídas para la resolución que se recurre.

## RESOLUCION

Desestimatoria del recurso por las siguientes razones:

### I

Que fundada la Sentencia en la prueba del consentimiento del arrendador a la situación de subarriendo, con base en

varios recibos de renta autorizados por su administrador, en los que se consigna expresamente un aumento de renta por concepto de «subarriendo», es visto que los mencionados documentos revelan cumplida la exigencia del artículo 10 de la Ley de Arrendamientos en orden a la forma documentada y expresa de la autorización para subarrendar, obstativa de la causa de resolución de contrato, toda vez que no es posible otra inteligencia del contenido de los recibos en este particular y la norma no elimina la documentación de la voluntad del propietario en los recibos de renta, puesto que el propósito del legislado, mediante una expresión reforzada, que parece redundante al ser «expreso» todo «escrito», no es otro que descartar en éste la duda sobre la voluntad de consentir el subarriendo, condición que se cumple en el caso litigioso al no suscitar el menor equívoco los términos en que se redactan los recibos de renta; tesis no desvirtuada por la doctrina legal que invoca, al referirse a circunstancias completamente diferentes las Sentencias del Tribunal Supremo que se citan: así la de 22 de febrero de 1956 alegada como principal, resuelve un caso de subarriendo no autorizado por escrito.

II

Que acreditada y admitida la cualidad de administrador en la persona que suscribe los recibos de renta que constatan el consentimiento a la situación de subarriendo, el arrendador queda vinculado a su respeto por efecto jurídico del mandato representativo, sin necesidad de que el apoderamiento conste de modo especial, conforme a los artículos 1.710, 1.727, y 1.280 del Código civil; y no puede alegar la ineficacia de la obligación contraída en su nombre por el apoderado en cuyo círculo de facultades entran los actos de administración, como el arriendo y la autorización para subarrendar, a pretexto de no haberle dado cuenta con antelación, y de no haberle autorizado para permitir subarriendos, porque la restricción de facultades, mantenida en el orden interno de la relación de mandato, y la desobediencia a

instrucciones reservadas, no conocidas de tercero de buena fe que concierta negocio que entra en las facultades de administración, no desvían el principio moral y jurídico de que las consecuencias de la falta del apoderado a la confianza que mereció al demandante, recaen sobre éste, culpable «in eligendo», que debe respetar la situación jurídica así creada, que igualmente trasciende a su derecho-habiente, según lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

III

Que no puede existir errónea aplicación del abuso de derecho cuando la Sentencia no se motiva en esta doctrina que autoriza el artículo 9 de la citada Ley, pues ni siquiera se propuso ni se trató el tema en la instancia, ni fueron aducidos entonces los hechos causales del abuso de derecho, no confundibles con los determinantes de la situación «contra derecho», que es el supuesto distinto traído al debate; por lo que la novedad de la cuestión bastaría para que este motivo del recurso siga el fracaso del anterior.

IV

Que es temerario el recurso.

REFERENCIAS

Vid, en cuanto a la inviabilidad del recurso de suplicación por errónea aplicación del abuso del derecho en los casos en que la Sentencia recurrida no haga uso de las facultades previstas en el artículo 9 de la L. A. U.,

## Sentencia n.° 5 - Gijón 1 - 5 de diciembre de 1956

## Ponente: Sr. G. Diéguez

DOCTRINA

No se entiende iniciado el procedimiento con anterioridad a la nueva L. A. U., a efectos del trámite, porque se hiciera antes el requerimiento

notarial al inquilino si no se presentó la demanda hasta el 16 de septiembre del corriente año. No obstante, si el Juzgado Municipal aplicó la legislación anterior para otorgar un plazo de desalojo de seis meses y este pronunciamiento fué consentido por el propietario, no podía en apelación interpuesta por el inquilino, modificarse ese plazo reduciéndolo y adecuándolo a la nueva norma. Si el abuso de derecho no fué aplicado, ni aún controvertido, en la 1.ª instancia, tampoco puede, su inadecuada estimación, servir de base al recurso.

## ANTECEDENTES

Entablado el desahucio de una vivienda por necesitarla el propietario, se hizo el previo requerimiento de desalojo al inquilino con un año de antelación, y se entabló luego la demanda, cuya fecha de presentación es la del 16 de septiembre del corriente año.

El demandado se opuso por entender no se daba el supuesto de necesidad alegado de contrario. Y el Juzgado municipal acogió la pretensión del actor, otorgando un plazo de seis meses para el desalojo por estimar que ese plazo era el que regía cuando había sido hecho el requerimiento, y, como de derecho material, aplicable al mismo.

Consentido tal pronunciamiento por el actor —que ni recurrió la sentencia ni se adhirió a la apelación—, la impugnó ante el Juez de 1.ª Instancia el inquilino. Y en este Juzgado se confirmó lo resuelto por el inferior, salvo en lo relativo al desalojo, cuyo plazo redujo a cuatro meses por aplicación de los nuevos preceptos.

## MOTIVOS DEL RECURSO

1.º Infracción, por inaplicación, de la Disposición Transitoria 2.ª, letra A, apartados 1.º y 2.º, del Decreto de 13 de abril de 1956, porque iniciado el procedimiento bajo la vigencia de la L.A.U. de 1946, ésta era la aplicable al procedimiento a seguir; y al no haberse tenido en cuenta esos preceptos, el trámite dado al juicio resulta indebido, con todas las consecuencias a ello inherentes.

2.º Infracción de los artículos 359 de la Ley de enjuiciamiento civil y párrafo 2.º del 25 del Decreto de 21 de diciembre de 1952, porque el actor ante el pronunciamiento del Juez Municipal que otorgaba seis meses para desocupar la casa, fué modificado este pronunciamiento, pese a su firmeza y a que nadie lo impugnó, por el Juzgado de 1.ª Instancia.

3.º Indebida aplicación del abuso de derecho, con la consecuencia de ser posible revisar la prueba en los particulares que examina el recurrente.

## RESOLUCION

Se da lugar al recurso por el 2.º de los motivos en que se apoya, y se desestima en cuanto a los demás.

### I

Que debe rechazarse el primer motivo del recurso porque no se puede admitir que se haya iniciado el procedimiento al amparo de la Ley de 1946 por haberse ejercitado los derechos derivados de la misma mediante el proceso previo de selección, ya que siendo conceptos distintos y bien diferenciables el de ejercicio de derechos, que puede tener lugar incluso extrajudicialmente, y el de iniciación de procedimiento, aquel acto previo reviste el carácter de meramente preparatorio o preliminar del juicio propiamente dicho, el cual sólo está iniciado cuando se interpone la demanda que lo origina, único acto procesal viable para el ejercicio de las acciones; y apareciendo que la actual demanda fué presentada el 16 de septiembre del año en curso, esta fecha es la única determinativa de la iniciación del procedimiento a que alude la disposición transitoria 2.ª, número 1.º, por lo que son de incuestionable aplicación las normas procesales de la nueva Ley.

II

Que también habrá de rechazarse el motivo 3.º, porque ni las partes lo propusieron ni ninguno de los juzgadores de instancia basaron, expresa ni tácitamente, la desestimación de las pretensiones del demandado en estar formuladas con manifiesto abuso de derecho, sino por no concurrir en ellas los presupuestos legales que le darían derecho a la prórroga del arrendamiento.

III

Que procede acoger el 2.º motivo del recurso porque habiéndose concedido al demandado por el Juzgado municipal seis meses para el desalojo, quedó firme ese pronunciamiento, ya que los Tribunales de alzada no pueden, sin incurrir en incongruencia, agravar la situación del apelante, si el apelado no se adhiere a la apelación.

REFERENCIAS

Ver en cuanto a la improcedencia del recurso por inadecuada aplicación del abuso del derecho si ello no fué objeto de decisión, ni aún de discusión, en instancia, las Sentencias 3 y 4.

**Sentencia n.º 6 - Laviana, 4 de diciembre de 1956**

**Ponente: Sr. Llopis Peñas**

DOCTRINA

Denunciada la falta de pago o de consignación de rentas al interponerse un recurso de suplicación, y no desmentido ese hecho por el recurrente, es inadmisible el recurso conforme al artículo 184 de la vigente L. A. U.

## ANTECEDENTES

Reclamada una vivienda por su propietaria, invocando la necesitaba para sí, se opuso la inquilina negando tal necesidad y aduciendo la falta de legitimación en la actora, con otras excepciones de tipo formal.

La falta de legitimación fué apreciada por el Juzgado Comarcal. Pero apelada la resolución, la revocó el de 1.ª Instancia para acceder a la demanda.

## MOTIVOS DEL RECURSO

Interpuesto el de Suplicación con cita de diversas infracciones legales, la parte recurrida denunció la falta de pago o de consignación de rentas que era imprescindible para la viabilidad del recurso.

## RESOLUCION

Se declara mal admitido el recurso y que no ha lugar a decidirlo, con la consiguiente firmeza de la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, por los siguientes fundamentos:

### I

Que denunciado por la parte recurrida y no desmentido por la recurrente, la falta de pago o de consignación de las rentas pendientes cuando tal recurso fué admitido, es visto que no ha debido serlo dado el terminante precepto del artículo 148 de la vigente Ley sobre Arrendamientos Urbanos, y procede, en consecuencia, declarar firme la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Pola de Laviana, sin entrar a examinar los motivos en que se apoyó.

### II

Que al haber interpuesto el recurso la demandada D.ª... con infracción del precepto antedicho, deben serle impuestas las costas que con él se causaron.

## Sentencia n.º 7 - Gijón 2 - 11 de diciembre de 1956

## Ponente: Sr. G.ª del Casero

### DOCTRINA

Las disensiones conyugales de un inquilino, cuando con suficiente reiteración dan lugar a escándalos, que obligan a intervenir a la autoridad y afectan al tranquilo vivir de los demás vecinos del inmueble, constituyen motivo de resolución del arriendo, previsto en el artículo 114, número 8.º, de la vigente L. A. U., como actividad notoriamente incómoda.

### ANTECEDENTES

A requerimiento de todos los vecinos de un inmueble, su propietario instó la resolución del arriendo de vivienda contra un inquilino, quien, en sus desavenencias conyugales promovía grandes escándalos, acompañados de expresiones blasfemas, lo que motivaba una intervención repetida de las autoridades y el que resultara perturbada la tranquilidad de todos sus convecinos.

El Juzgado Municipal estimó concurrente la causa de resolución arrendaticia por notoria incomodidad alegada al amparo del artículo 114, número 8.º de la L.A.U. Pero apelada su Sentencia fué ésta revocada por el Juzgado de 1.ª Instancia, entendiendo que el concepto «actividad» no puede referirse a la «conducta» de un inquilino, y que era ésta materia de interpretación restrictiva.

### MOTIVOS DEL RECURSO

Unico: Infracción por inaplicación del artículo 114, número 8.º de la L.A.U.

### RESOLUCION

Dando lugar al recurso, con los siguientes fundamentos:

I

Que interpuesto el presente recurso de suplicación con base en que la Sentencia recurrida incidió en infracción de Ley, el problema jurídico a examinar se reduce, en síntesis, a determinar si los supuestos «de facto» que el juzgador de instancia estimó probados, llevan o no a la aplicación de la causa resolutoria del negocio locaticio ejercitada en la demanda.

II

Que siendo antecedentes de hecho que se deducen como probados en la Sentencia recurrida que el demandado en sus desidencias conyugales provoca escándalos con frecuencia, acompañados con expresiones más o menos blasfemas, que molestan al tranquilo vivir de los demás inquilinos, esta resultancia fáctica es indudable que aparece comprendida en la causa resolutiva de vínculo arrendaticio, 8.ª del artículo 114 de la vigente Ley sobre Arrendamientos Urbanos, al decir que procede la resolución cuando en el interior de la vivienda o local de negocio tengan lugar actividades que de modo notorio resulten inmorales, peligrosas, *incómodas* o insalubres, pues es obvio que la reiterada conducta de escándalos producidos por el demandado en sus desavenencias matrimoniales, al perturbar la tranquilidad de los demás inquilinos con una actuación de tan destacada trascendencia por afectar al orden y buenas relaciones de vecindad, implica una actividad notoriamente incómoda para los demás ocupantes del inmueble, dada la frecuencia de su realización, pues incomodidad es lo que molesta y resulta contrario a la buena disposición de las cosas y al uso que ha de hacerse de ellas normalmente, y cuando una actividad subjetiva excede, en su desenvolvimiento, no de una manera esporádica, sino con manifiesta insistencia y con resultados perjudiciales para los otros, en este caso la paz y tranquilo vivir de los restantes ocupantes del inmueble, se hace incómoda, y, por tanto, la Sentencia recurrida, al no aplicar la causa de resolución in-

vocada, incidió en la infracción de Ley que motivó el recurso, el que se estima, dejando sin efecto la Sentencia recurrida y declarando resuelto el vínculo arrendaticio objeto de la litis.

III

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos es preceptiva la imposición de las costas al demandado vencido en la primera instancia, sin hacer expresa imposición de las causadas en la segunda ni las de este recurso.

## Sentencia n.° 8 - Llanes, 18 de diciembre de 1956

## Ponente: Sr. F. y Díaz-Faes

### DOCTRINA

El poder otorgado por el Presidente de una Cámara de la Propiedad Urbana, ejercitado en constantes litigios, sigue en vigor aunque transcurran más de 15 años, haya cambiado la persona que desempeñaba la presidencia de esa Corporación y haya sido sustituído, también, por otro el Reglamento vigente a la sazón.

La analogía no puede aplicarse cuando existe un precepto legal claro y concreto regulador de la situación que se discute; y menos aún cuando se trata de otra para la que son exigibles determinados requisitos no cumplidos. Caso del de un conviviente de inquilino fallecido, sin derecho a ser continuador suyo, que alega su preferencia a seguir en el piso, por ser el primero que lo solicitó, frente a un arrendador que intenta el desalojo sin propósitos de ocuparlo él.

La errónea aplicación del abuso de derecho no puede fundamentar un recurso de suplicación si en la Sentencia no se tuvo en cuenta para fundamentarla.

### ANTECEDENTES

Fallecida la inquilina de una vivienda, los propietarios instaron el desalojo a una convivente suya, pariente lejana, sin derecho a ser continuadora en el arriendo.

La demandada se opuso al desahucio alegando: en primer lugar, una falta de personalidad en el Procurador del actor, por insuficiencia de poder, en virtud de las razones que luego se recogerán (al hablar de los motivos del recurso); y, en cuanto al fondo, porque la casa se reclamaba, no para ser habitada por las actoras, sino para dejarla libre, con lo que le correspondía a ella su arriendo como primer solicitante, en situación similar a la prevista por la disposición transitoria 2.ª de la actual L.A.U.

El Juzgado municipal desestimó estos motivos de oposición accediendo a la demanda. Su sentencia fué confirmada por el Juzgado de 1.ª Instancia.

## MOTIVOS DEL RECURSO

a) Infracción, por inaplicación, de los artículos 1.732, 1.930, 1.932 y 1.964 del C. c., con la consiguiente falta de personalidad del Procurador del actor por insuficiencia de poder. Lo funda en que, el que actuó ante el Juzgado municipal representando a la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Oviedo, lo hizo en virtud de facultades que le había sustituído otro compañero suyo de esta capital, con base en un poder de fecha 4 de octubre de 1932 que había que considerar extinguido, en primer término porque desde esa fecha hasta la de la sustitución (8 de agosto de 1956) transcurrió con exceso el plazo de 15 años que fija el último de los preceptos citados, pero además, porque concedió ese poder un señor que ya no era presidente de la Cámara y en virtud de un Reglamento, de 1927, ya derogado por el actual de 1950.

b) Infracción, también por inaplicación, del artículo 8.º, en relación con la Disposición Transitoria 2.ª, apartado a) de la vigente L.A.U., substancialmente coincidente con la 23.ª de la de 1946. Entiende que, al reclamarse la casa, no para ser habitada, sino sólo para dejarla libre de inquilino, y al ser la recurrente la 1.ª o única solicitante de la vivienda, se está en el caso previsto por esas disposiciones transitorias (que ya había desarrollado, para la del año 1947, un Decreto, no derogado, de 3 de octubre del último citado año), o en una

situación enteramente similar, que debió aplicarse por analogía.

c) En todo caso existe un flagrante abuso de derecho que erróneamente deja de aplicarse, lo que apoya esta índole de recurso de suplicación, con arreglo al cual es posible revisar la prueba y tomar en consideración la declaración del administrador de la finca que no tuvieron en cuenta las Sentencias de instancia.

## RESOLUCION

Se declara no haber lugar al recurso por los siguientes fundamentos:

### I

Que el primer motivo del recurso aquí planteado consiste en atribuir a la Sentencia recurrida infracción de Ley, por entender que viola lo dispuesto en el artículo 1.732 del Código civil, en relación el 1.930, 1.932 y 1.964 del mismo texto, que, en la interpretación del recurrente determinan la ineficacia del poder con que actuó el Procurador del demandante, ya que lo hizo en sustitución de otro otorgado el 4 de octubre de 1932 que se ha extinguido, en primer lugar, porque desde esa fecha a la de sustitución (8 de agosto de 1956) transcurrió con exceso el plazo que señala, para prescribir, el artículo 1.964, y porque además, aparece concediéndolo quien ya no ostenta la cualidad de Presidente de la Cámara de la Propiedad Urbana de Oviedo y en uso de unas normas —las del Reglamento de 1927— que hoy ha sido derogado por el de 1950; argumentos que son, en absoluto, inaceptables, lo que apareja también la inadmisibilidad del recurso por este motivo, porque: a) la personalidad de los antes colectivos tiene una continuidad ininterrumpida mientras gozan de existencia legal, y si, para actuar, necesitan órganos encarnados en personas individuales, los actos jurídicos que éstas realizan, o en que intervienen, no limitan sus efectos al lapso de tiempo que desempeñan sus cargos, sino que, por el mecanismo de la representación, cuando el órgano ac-

túa dentro de las facultades que le son propias, es la misma entidad colectiva la que asume las consecuencias, favorables o adversas, de su gestión, y la que, por ello, valiéndose también de esos u otros representantes igualmente facultados al efecto, está llamada a modificar o extinguir los que sean susceptibles de ello y no se hayan extinguido ya por su propia índole temporal o circunstancial, o por eventos de origen ajeno; doctrina que aplicada al caso en debate, y toda vez que no se trata de un poder concedido para un negocio concreto ya ultimado, o en el que se prevea una especial duración, el que nos ocupa ha de seguir produciendo sus efectos, mientras la Cámara de la Propiedad Urbana de Oviedo subsista con idénticos fines y no se produzcan los demás motivos de extinción que el susodicho artículo 1.732 enumera, cuya concurrencia en el caso de autos no ha sido siquiera alegado; b) el Reglamento de 10 de febrero de 1950 ha venido a confirmar lo que ya establecía el de 6 de mayo de 1927, en orden a las facultades objeto de discusión, pues, en su artículo 18 —que, al no ser modificado por el Decreto de 7 de febrero del corriente año, resulta ratificado por él— estatuye literalmente, bajo el número 6.º, como una de las atribuciones de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, la de «ejercitar ante toda clase de autoridades, tribunales y juzgados, a petición de sus asociados o de oficio, las acciones que puedan corresponderles en asuntos que afecten a la citada propiedad», exigiendo para ello solamente una serie de circunstancias de orden interno, entre los asociados y la Corporación —previstas en el segundo párrafo de ese mismo precepto y en el artículo 22 al que reenvía—, que no han sido traídas al recurso y cuyo examen resulta por eso ocioso al decirlo; c) tampoco se produce la prescripción alegada aunque haya transcurrido con exceso el plazo de 15 años, que señala el artículo 1.964 del mismo código, desde que el poder se otorgó a favor del Sr. C. (4 de octubre de 1932) hasta que éste sustituyó su representación en favor del Sr. D. (8 de agosto de 1956), pues que, para que tal prescripción se produjera hubiera sido preciso el «no uso» durante todo ese período de las facultades conferidas al mandatario, y es notorio que la corporación de referencias viene

actuando, precisamente «en uso» de tal poder y para las atribuciones que señala el transcrito artículo 18 del Reglamento, de un modo reiterado, ante este propio Tribunal y ante los diversos Juzgados que de él dependen; y d) sería, así mismo, inadecuado hablar de prescripción con referencia directa al propietario demandante, pues su representación actúa *mediatamente,* a través del Presidente de la Cámara, con quien le liga, no un negocio de apoderamiento, sino unas normas legales, las contenidas en el Reglamento de 10 de febrero de 1950—, con el sustento en el hecho jurídico de ser asociado, y para lo que, naturalmente, carecen de aplicación los fundamentos jurídicos invocados en este motivo del recurso.

II

Que el otro motivo de la presente suplicación, invocando la errónea aplicación del abuso de derecho, es evidentemente desestimable, pues al no haber sido alegado en 1.ª Instancia, acusando a las pretensiones deducidas en el juicio de estar afectadas por tal abuso, ni en consecuencia fundada su desestimación en el mismo, no es aceptable este medio excepcional que no se concede, como principio general, para todas las Sentencias que resuelvan los juicios de esta clase, sino cuando el fundamento de las mismas sea precisamente una «errónea aplicación del abuso de derecho», en cuyo único supuesto sería revisable la prueba.

III

Que el último motivo del recurso atribuye a la Sentencia que impugna la infracción de la Disposición transitoria 2.ª de la vigente L.A.U. —substancialmente coincidente con la 23 de la anterior—, por no aplicársela analógicamente según previene su artículo 8.º, en el sentido de conceder al recurrente el derecho a ocupar la casa a título de primer solicitante de ella; mas atendiendo a la distinta situación de hecho que la citada disposición legal contempla respecto a lo alegado por el recurrente y declarado por la Sentencia, se

patentiza la total ausencia de la analogía alegada, no ya por el criterio con que haya de aplicarse, que exige ausencia de norma, o por lo menos insuficiencia u obscuridad en la misma, sino porque no hay posibilidad de apreciar una común «ratio legis» comprensiva de ambas situaciones, ni por el concepto legal de «vivienda no ocupada», ni por los requisitos que deban concurrir en el solicitante de hallarse inscrito en el registro especial de aspirantes —creado por el Decreto de 3 de octubre de 1947—, después de acudir a la autoridad gubernativa, al efecto de ser clasificado, exponiendo sus deseos y la renta que estuviera dispuesto a pagar, ni por haber sido concedido al propietario el plazo de un mes para que él proveyera a su ocupación; ante cuya diversidad de situaciones no es posible la solicitada aplicación analógica y procede desestimar, también, este motivo del recurso.

## MERCANTIL

### Resolución de 17-5-57 - Sindicato legal de obligacionistas

PLANTEA

1.º Si conforme a la disposición transitoria 17 de la L. Sociedades Anónimas puede constituirse un Sindicato único para todos los obligacionistas cualesquiera que sean las emisiones realizadas.

2.º Si al constituirse el Sindicato y establecerse las «reglas fundamentales» del mismo basta una remisión general a las que determinan en el capítulo VII de la Ley, tanto en forma permisiva como imperativa.

3.º Si es necesaria para la inscripción del Sindicato a efectos de acreditar la personalidad de otorgante de la escritura de constitución, la constancia auténtica del acta de la Junta General de accionistas que tomó acuerdos en orden al futuro Sindicato.

CONSIDERA

1.º La disposición transitoria 17 no autoriza la creación de un organismo singular dentro del sistema de la Ley, como sería un Sindicato único de obligacionistas de distintas series, sino que por estar ya emitidas las obligaciones al entrar en vigor la Ley y no poder, por consiguiente, constituirse el Sindicato o Sindicatos con arreglo al sistema ordinario, únicamente da reglas especiales para llegar a establecerlos, sin perjuicio de que, por lo demás, rijan las normas ordinarias principalmente contenidas en el capítulo VII de la Ley al que expresamente remite dicha disposición transitoria.

2.º Debe resolverse, por tanto, la primera cuestión teniendo presente el pensamiento fundamental de la Ley de Sociedades Anónimas al dar carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico con carácter de Derecho necesario a los Sindicatos de obligacionistas que no fué otro sino el crear sobre la base de una comunidad de intereses homogéneos unos organismos de defensa y a la vez de colaboración destinados especialmente a la tutela de los intereses de los obligacionistas en sus relaciones con la Sociedad, dotando a éstos de una fácil expresión de la voluntad común a través del simple acuerdo mayoritario y permitiendo, en todo caso, un amplio sistema de reglas a través de las cuales los acreedores y entidad deudora puedan resolver en su día futuras dudas o adecuar a necesidades nuevas sus específicos intereses.

3.º Como consecuencia de la finalidad que motiva la creación del Sindicato, la comunidad de intereses que surgen en cada emisión con sus garantías peculiares y características propias e incluso encontradas con las demás emisiones, no puede en ningún caso someterse a la simple apreciación mayoritaria de un Sindicato común, contrario a los principios de la Ley y al que sólo daría pie una interpretación superficial de la disposición transitoria 17 desconectada del sistema general que la Ley establece, de donde se infiere necesariamente que en cumplimiento de dicha disposición transitoria deben constituirse tantos Sindicatos como series de obligaciones estén emitidas y, además, a tal efecto, convocarse tan-

tas Asambles de obligacionistas como Sindicatos a fin de que la constitución de cada uno de ellos no venga determinado por la voluntad de obligacionistas que en cuanto no pertenezcan a la serie correspondiente con completamente ajenos a la comunidad de intereses que justifica la asociación y, por tanto, a la Asociación misma.

3.º Por lo que hace a la segunda cuestión, la Ley articulada principalmente en su capítulo VII reglas fundamentales sobre relaciones entre Sociedad y Sindicato y características de éste, redactadas sin ofrecer alternativas que exigirían determinaciones ulteriores y de modo tal que siempre resulte asegurado que como preveía la resolución de 21 de julio de 1943 «las convocatorias tengan publicidad; las reuniones plena garantía y el quorum densidad o representación suficiente»; mas sin perjuicio, a la vez, de conceder cierto campo a la autonomía de la voluntad para establecer otras reglas también fundamentales y a las cuales también en su caso habrá de ajustarse el Reglamento interno que establezca la primera Asamblea de obligacionistas. convocada conforme el artículo 125 de la Ley, donde más concretamente serán fijados los plazos y formas de convocar y constituír las Asambleas, las formas de deliberar y tomar acuerdos, el lugar de las reuniones, etc.

4.º La posibilidad de normas fundamentales acordadas explica que sea dato necesario de la escritura del Sindicato, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria 17 y en el artículo 116, la expresión de las reglas fundamentales establecidas, sean las legales u otras permitidas, sin necesidad de entender que estos preceptos supongan que el legislador no haya regulado de modo completo en sus aspectos más esenciales el Sindicato y exijan, por tanto, que este vacío sea suplido negocialmente fijando en la escritura las reglas complementarias cuya indeterminación dejaría siempre en la perplejidad de cuando se han establecido todas.

5.º Respecto al último problema, la adecuada justificación de lo acordado por la Junta general de accionistas que aparece mencionada en el Acta de la Asamblea de obligacionistas se hace imprescindible para apreciar si, conforme a lo establecido en el artículo 113, la constitución del Sin-

dicato elevada por la Ley a «condición necesaria» de cada emisión, se somete a los acuerdos adoptados por la Junta y si, por tanto, las personas que en la constitución representen a la Sociedad se mueven dentro del ámbito de su poder.

RESUELVE

Denegar la inscripción, salvo en cuanto a la necesidad de establecer en la constitución del Sindicato otras reglas fundamentales que las señaladas por la Ley.

CONCORDANCIAS

Res. 21 julio 1943.

## HIPOTECARIA

**Resolución de 10 de febrero de 1956.-Identidad de datos registrales. Previa inscripción**

PLANTEA

Si es inmatriculable una determinada finca urbana habida cuenta de que en el Registro aparece inscrita a favor de persona distinta de los solicitantes otra finca que coincide absolutamente con aquella cuya inmatriculación se pretende, en linderos, superficie, distribución y situación, si bien difiere en cuanto al número de la calle.

CONSIDERA

1.º Cuando se solicite la inmatriculación de una finca en el Registro de la Propiedad al amparo de los medios señalados en la Legislación Hipotecaria, debe el Registrador de la Propiedad al amparo de los medios señalados en la Legislación Hipotecaria, debe el Registrador verificar un exa-

men detenido de los índices y libros que integran el Archivo a su cargo, a fin de comprobar si el inmueble que se pretende inmatricular aparece o no inscrito a favor de otra persona, con lo cual se procura evitar los inconvenientes y graves perjuicios a que puede dar lugar una doble inmatriculación.

2.º En el caso que motiva el presente recurso el Registrador advirtió la existencia de un asiento de inscripción extendido a favor de persona distinta de la solicitante relativo a un inmueble que coincidía no sólo en algunos datos descriptivos, sino que ofrecía identidad con el que se pretendía inmatricular, excepto en cuanto al correspondiente número de policía de la calle, circunstancia que por ser mudable en extremo no ha de estimarse esencial en la identificación.

3.º El procedimiento regulado en el artículo 306 en relación con el 300 del vigente Reglamento Hipotecario, inspirado en un recto sentido de utilidad y economía procesal, es aplicable cuando entre el inmueble inscrito en el Registro y aquel que se describa en el título exista coincidencia en algunos detalles», pero no cuando del examen comparativo entre ambas descripciones aparezca una identidad casi absoluta por ser iguales situación, linderos, medida superficial, distribución interna del edificio, etc., criterio que informa diversas Resoluciones del Centro Directivo, que ha declarado que cuando el Registrador tuviere dudas sobre si la finca está o no inscrita suspenderá la inscripción hasta que el Juez resuelva.

3.º El régimen hipotecario español, que no obtiene los datos físicos de los inmuebles de un eficaz sistema catastral, impone al Registrador el deber de determinar discrecionalmente con arreglo a los datos que figuran en la oficina, la identidad de los predios y, en consecuencia, siempre que apareciese inscrito el inmueble, denegará la inmatriculación, sin perjuicio del derecho que corresponda a los interesados para esclarecer en el procedimiento adecuado si se trata de una misma finca.

RESUELVE

No declarar increíble el título presentado.

## CONCORDANCIAS

Res. 25 marzo 1910, 8 julio 1910, 23 marzo 1919, 7 mayo 1913, 12 mayo 1913, 19 diciembre 1917, 22 septiembre 1924, 26 marzo 1927, 14 febrero 1929, 9 marzo 1945, 16 septiembre 1947 y, sobre todo, 19 de diciembre de 1946 y 29 de julio de 1949.

## COMENTARIO

La precedente Resolución resuelve, preferentemente, una cuestión de hecho, esto es, determinar hasta qué punto en el presente caso, existe identidad de finca. Por lo demás la Dirección General, consecuente consigo misma, reitera su criteroi restrictivo en esta materia y niega consiguientemente, el acceso al Registro ante el fundado temor de una doble inmatriculación, que desvirtuaría el principio de especialidad, vigente en nuestro sistema hipotecario, recogido en el artículo 243 de la Ley Hipotecaria. Resalta nuevamente como deficiencia del régimen inmobiliario español, la ausencia de un buen servicio catastral que suministre los datos necesarios para dotar al Registro de la Propiedad de una seguridad de la que, por el momento, carece.

### Resolución de 11 de febrero de 1956.-Exceso de cabida.-Expediente de dominio

## PLANTEA

Si es inscribible un exceso justificado en un expediente de dominio que se tramitó para reanudar el tracto sucesivo interrumpido de la finca e inscribir aquel exceso en el que no pudo aportarse la certificación prevenida en el artículo 287 del Reglamento Hipotecario.

## CONSIDERA

1.º Aunque el principio de «fides pública» no comprenda los datos físicos de los inmuebles es conveniente que el Registro los refleje con la mayor exactitud posible, especialmente la medida superficial, a fin de que concuerden la inscripción inscrita con la real, tema que motivó numerosas decisiones del Centro directivo, cuya doctrina aparece recogida en el artículo 200 de la vigente Ley Hipotecaria, que entre los procedimientos para inscribir la mayor cabida de las fincas menciona el expediente de dominio en el cual se ha de justificar que el inmueble figura inscrito a favor de quien lo promoviere.

2.º Por la doble finalidad pretendida en el expediente de dominio motivo de este recurso, debe tenerse en cuenta que no era posible aportar la certificación prevenida en el artículo 287 del Reglamento Hipotecario vigente, puesto que en el momento de incoarse el expediente la finca necesariamente tenía que aparecer inscrita a nombre de un titular registral anterior, lo que no puede constituir un obstáculo insuperable, ya que la finca ha sido inscrita a nombre de los interesados por haber accedido el Juzgado a la petición formulada y porque lo contrario obligaría a los solicitantes, con detrimento de la economía procesal, a seguir dos expedientes sin ninguna venta práctica.

3.º Para una exacta determinación del exceso de superficie que se trata de inscribir y como los interesados tuvieron el propósito de inscribir la diferencia entre ambas, aunque expresamente no lo declarasen así, por haber padecido, quizá, un simple error aritmético al computar las centiáreas inscritas como si fuesen áreas, podrán subsanar el defecto en este caso, dada su importancia relativa, y la voluntad inequívoca manifestada al iniciar el expediente, si el Juzgado, advertido y explicado el error, accediese a ello.

## DECIDE

Declarar inscribible el expediente en cuanto al primer extremo y declarar subsanable el segundo si, como queda di-

cho, el Juzgado, advertido y explicado el error, accede a la subsanación.

CONCORDANCIAS

Res. 22 diciembre 1949, 6 febrero 1953 y, sobre todo, 30 noviembre de 1910 y 23 de mayo de 1944.

**Resolución de 2 de mayo de 1956. - Compraventa de bienes sujetos a prohibición de enajenar y a sustitución**

PLANTEA

Si es inscribible en Cataluña como escritura de compraventa por la que la vendedora transmite *como libre* una finca que le había sido prelegada por su abuelo con determinada sustitución fideicomisaria y prohibición de enajenarla mientras viviese su marido.

CONSIDERA

1.º Las fuentes romanas con un carácter excepcional admitieron que los bienes que formaban parte de un fideicomiso pudieran enajenarse y autorizaron al fiduciario a realizar actos de disposición válidos para pagar deudas de la herencia, satisfacer legítimas, constituir dotes o donaciones «proter nuptias» cuando no tuviese bienes suficientes con su legítima y sólo permitían la enajenación en los demás casos si era *consentida por todos los interesados en el fideicomiso*, porque sin ese consentimiento su validez quedaba pendiente de que la sustitución no tuviese lugar.

2.º Los autores clásicos trataron de adaptar a las sustituciones fideicomisarias los precedentes romanos contenidos en el «Corpus» que contemplan, preferentemente, el tipo de fideicomiso puro de restitución inmediata y junto a las ena-

jenaciones permitidas en dichos casos llegaron a proclamar que en los casos de fideicomiso universal se podía disponer permutando o conmutando el precio de los bienes por cosas útiles o de mayor estimación, siempre que el testador, expresa o tácitamente, no hubiera prohibido la enajenación al fiduciario, porque entonces concurría una doble prohibición, legal y voluntaria.

3.º No comprendida la enajenación discutida en este recurso en ninguno de los excepcionales supuestos contemplados, trata de ampararse en la subrogación real, procedimiento técnico merced al cual lo que se recibe por la enajenación queda sujeto al régimen jurídico que afecta a la finca transmitida, pero que no tiene virtualidad suficiente para crear un poder de disposición, puesto que tal subrogación, más que premisa que sirva para autorizar el acto dispositivo, funciona como resultado al que se llega a través del cambio o fluctuación operado.

4.º El procedimiento establecido en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil, relativo a la enajenación de bienes de menores e incapacitados, no es aplicable, porque encaminado a suplir una incapacidad frente a necesidades que puedan ser perentorias, en este expediente aparece para atender a las conveniencias del heredero gravado y con él se puede modificar la voluntad claramente manifestada del testador, puesta de relieve por la interpretación sistemática del testamento y, además, por las disposiciones establecidas respecto de determinadas acciones de una Compañía Anónima y con un posible perjuicio para personas llamadas al disfrute de bienes de la herencia.

## DECIDE

No es inscribible la escritura de compraventa referida.

## CONCORDANCIAS

Res. 15 abril 1930 y 3 noviembre 1932. 10 septiembre 1918, 5 mayo 1931, 22 junio 1943 y 21 abril 1949.

## COMENTARIO

Dos cuestiones resaltan en la anterior resolución:

1.ª Si la prohibición de enajenar y la sustitución fideicomisaria impuestas a un heredero sobre una determinada finca le impiden asimismo sustituirla por otra clase de bienes que quede afectada con las mismas limitaciones.

A.—El artículo 781 del Código civil intenta una definición de la sustitución fideicomisaria que, como dice Roca Sastre (1) responde más bien a la noción del fideicomiso puro romano. A la vista de este precepto legal puede definirse la sustitución fideicomisaria como la institución de un heredero al que se encarga la conservación y transmisión a otro heredero del todo o parte de la herencia.

Ahora bien, esta definición y por consiguiente, la del Código civil, ha de admitirse con determinadas reservas:

a) La palabra «encarga» —encomienda, confía algo al cuidado de uno y también recomienda, aconseja (2)— no es muy correcta puesto que la conservación y la transmisión de los bienes se imponen como gravamen inexcusable al heredero fiduciario. El fideicomiso se origina para salvar las formalidades del rígido Derecho Romano en la disposición de legados. Para evitar esos inconvenientes el testador formulaba un ruego al heredero a fin de que hiciera pasar ciertos bienes a la persona favorecida, el cual ruego no tenía en sus orígenes fuerza jurídica, por lo que quedaba apoyado exclusivamente en la buena fe del rogado; de ahí el nombre de fideicomiso. Aparece posteriormente el fideicomiso, en términos rogatorios, disposición a título singular, pero sin la forma solemne testamentaria, hasta que Augusto intensifica la fuerza de este encargo de buena fe —«fidei commissum»— con lo que el fideicomiso de ejecución obligatoria no suplicada y por tanto voluntaria, entra en la órbita de las instituciones jurídicas.

---

(1) Notas al Derecho de Sucesiones de Kipp, en Enneccerus. Kipp, Wolff. III, pág. 77.

(2) J. Casares: «Diccionario Ideológico».

b) La palabra «conservación» es compleja puesto que no sólo implica un derecho del fiduciario, sino también un deber, ya que no puede enajenar.

c) Por último el concepto de «transmitir» tampoco es exacto, ya que al no ser el fideicomisario sucesor del fiduciario, sino del causante, habría de ser sustituído por el entregar o restituir.

Ahora bien, aunque evidentemente el fideicomisario es un heredero, es lo cierto que carece del «ius disponendi», pues no puede enajenar los bienes fideicomitidos en concepto de libres, lo cual si bien es cierto que no está expresamente consignado en una disposición taxativa, también lo es que responde a su desenvolvimiento histórico, a la naturaleza íntima de la institución, a la finalidad práctica de la misma y a la unánime opinión de la doctrina reflejada y sancionada en una constante y uniforme jurisprudencia.

B.—El recurso de la subrogación real tampoco puede servir para salvar la prohibición de enajenar, ya que, como acertadamente dice la Resolución, más que camino es una consecuencia. En efecto, por la subrogación real una determinada situación o relación jurídica afectante a una cosa o elemento patrimonial subsiste sobre la cosa o elemento patrimonial que sustituya al primero en caso de pérdida o enajenación. Pero, así como la subrogación real actúa plenamente en el patrimonio general de las personas a consecuencia del carácter fungible que con relación a la «universitas» adquieren los elementos que la componen (3), tratándose de bienes singulares la regla de dicho fenómeno o mecanismo «pretium succedir loco rei et res loco pretii», se sostiene que necesita en principio para su aplicación o un precepto legal que la imponga (v. g. art. 1.777 C. c.) o un acuerdo de las partes.

C.—Ordinariamente el testador se desinteresa de la suerte de los propios bienes más allá de la atribución al sucesor inmediato; su voluntad, eficiente para determinar en vía in-

(3) Roca Sastre: Derecho Hipotecario. T. IV, pág. 247.

mediata el destino de esos bienes, no influye sobre la suerte ulterior de esos bienes una vez que hayan entrado en el patrimonio del sucesor, por lo que éste puede con toda libertad disponer de los mismos. Pero cuando el testador ordena una sustitución fideicomisaria, se propone el resultado de impedir la disponibilidad de los bienes relícitos por parte del instituído, en cuanto que a la muerte de éste (o al cumplimiento de la condición o del plazo) los mismos bienes deberán ser deferidos a un sustituto determinado, elegido y nombrado por el mismo testador.

El atribuir al heredero fiduciario facultad dispositiva equivale, en resumen, a violar la voluntad del testador que al elegir tal sustitución se inspiró de ordinario en el propósito de evitar que los bienes de la herencia salieran de la familia del instituído (que frecuentemente es la misma del testador) o en otra finalidad de suyo encomiable y significa, también, desconocer que, en su desenvolvimiento histórico, la sustitución fideicomisaria adquirió pleno desarrollo en el Derecho intermedio, con un sentido profundamente familiar con el fin de que los bienes quedaran adscritos a determinada familia.

2.ª Si la autorización judicial concedida en acto de jurisdicción voluntaria es suficiente para modificar o interpretar la voluntad del testador y permitir, en consecuencia, la venta de una finca afectada con prohibición de enajenar.

A.—Los negocios dispositivos exigen, además de la capacidad de obrar, como requisito general para la validez de todo negocio jurídico, un requisito especial que la técnica moderna llama «poder de disposición». La diferencia está en que mientras la capacidad es una cualidad de la persona en sí misma considerada, el poder de disposición implica una relación concreta con el derecho del que se dispone (Castal) (4). Puede ocurrir que una persona que tenga poder de disposición no tenga capacidad de disposición (v. g. el propietario menor de edad) y puede suceder que una persona sea

(4) Derecho Civil. I. 334 (7.ª edición).

sujeto de capacidad plena y no tenga poder de disposición con respecto a un determinado derecho (v. g. el derecho de uso y, concretamente, el del fiduciario).

Pues bien, el procedimiento del artículo 164 C. c. encaminado, como acertadamente dice la resolución, a «suplir una incapacidad frente a necesidades que puedan ser perentorias» es inadecuado para obtener un poder de disposición que sólo se da en nuestro caso, como reiteradamente ha sancionado la jurisprudencia, cuando al acto dispositivo concurren todos los interesados en el derecho, esto es, el fiduciario y los fideicomisarios.

El artículo 164 no puede, por otra parte, generalizarse hasta aplicarse a casos no contemplados por el mismo ni ser el recurso que permita salvar otros obstáculos que aquellos para los que está pensado.

B.—El Juzgado carece de facultades para declarar «erga omnes» en acto de jurisdicción voluntaria, sin las formalidades de un juicio y sin las garantías de una controversia, la finalidad y alcance de la voluntad de los testadores, según doctrina jurisprudencial consolidada.

**Resolución de 3 de marzo de 1956. - Finca inscrita a favor de otra persona. - Reinscripción**

PLANTEA

Si puede, al amparo del artículo 13 de la Ley de 15 de agosto de 1873, reinscribirse el derecho de hipoteca sobre un inmueble inscrito a favor de otra persona distinta del hipotecante una vez transcurrido el plazo señalado para la reconstitución de un Registro de la Propiedad destruído.

CONSIDERA

1.º Las leyes dictadas para la reconstitución de los Registros suspenden los artículos 17, 20, 23 y 24 de la Ley

Hipotecaria desde la fecha en que tuviere lugar la destrucción hasta la terminacción del plazo concedidos, preceptos que recobran su vigor y normal oficacia después de trancurrido dicho período de tiempo.

2.º La inscripción de la finca durante el período de reconstitución a favor del recurrente, con arreglo a la Ley de 23 de septiembre de 1939, no debe ser obstáculo para que un título que estuvo ya inscrito pueda de nuevo acogerse a los beneficios del sistema porque conforme al artículo 13 de la Ley de 15 de agosto de 1873 «transcurrido el plazo fijado podrán también ser inscritos o anotados de nuevo los títulos que anteriormente lo hubieran sido», si bien los nuevos asientos no surtirán efecto contra tercero sino desde su fecha, enérgica limitación de los efectos normales que tendrían y que, en cierto modo, sancionan la negligencia sufrida.

3.º Los límites establecidos en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria para el desenvolvimiento de la función calificadora deben interpretarse en armonía con las prescripciones contenidas en las Leyes especiales en supuestos como el que es objeto de este espediente y, en consecuencia, puede evitarse, por tratarse de una reinscripción, el obstáculo insuperable que para el acceso del documento implicaría el cierre del Registro.

## DECIDE

Es inscribible el documento.

## CONCORDANCIAS

Res. 28 junio 1896, 22 febrero 1941 y 25 abril 1948.