

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXI

Abril 1945.

Núm. 203

La concordancia entre Registro y realidad en la  
nueva Ley sobre Reforma de la Ley Hipotecaria

SUMARIO: 1. La Ley de 30 de diciembre de 1944 no da a la inscripción valor constitutivo.—2. La inscripción española, de efectos declarativos, fuente fecunda de discordancias entre el Registro y la realidad.—3. Causas de inexactitud registral y remedios contra ellas.

1. En un trabajo puesto que vió la luz en las páginas de esta misma REVISTA (1) decíamos: «... no se orienta esta reforma—hacíamos referencia a la de la Ley Hipotecaria—en el sentido de instaurar un sistema en el que la inscripción sea requisito necesario para la transmisión y adquisición válida de los derechos reales. ¿Razones? Las desconocemos. Pero muy poderosas deben de ser cuando han impulsado al autor de la reforma a persistir en un régimen—el de la inscripción declarativa—que a tantos absurdos conduce, y contra el cual tantas y tan autorizadas voces se han levantado.»

Hoy, el preámbulo de la Ley de 30 de diciembre de 1944 nos hace saber esas razones. No son técnicas; no tienen raíz doctrinal. Se mantiene el sistema de inscripción declarativa por un motivo exclusivamente práctico: la realidad jurídica española respecto de la propiedad inmobiliaria. «Es incuestionable—dice el citado preámbulo—que si—conforme se ha dicho—más del 60 por 100 de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio—se refiere al de inscripción constitutiva.

(1) Número 190, marzo de 1944.

tiva—. No sólo porque quedaría, de hecho, inoperante, con el natural des prestigio para la norma legislativa, sino porque la inscripción constitutiva no haría más que agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias.»

El reformador de 1944, pues, ante esta situación realmente exacta de la propiedad inmueble española, ha sacrificado el sistema de inscripción constitutiva—del que seguramente será partidario en un terreno de pura especulación—para mantener el régimen de inscripción declarativa, que, con todos sus defectos—el preámbulo de la nueva Ley demuestra no desconocerlos—, tiene la indiscutible ventaja de no situarse de espaldas a la realidad jurídico inmobiliaria de España.

Nosotros comprendemos esta razonada defensa del cauto y prudente criterio legal, pero como nos contamos entre los partidarios decididos y entusiastas del sistema de inscripción constitutiva, no podemos menos de mirar con profundo pesar el matiz impreso en este punto por la Ley de reforma. Estamos en plena etapa constituyente de la Nueva España; en este período revolucionario legislativo no se ha pasado por alto, como es lógico, la ordenación hipotecaria y ha surgido la Ley de 30 de diciembre del año último. ¡Feliz coyuntura ésta para derribar un sistema... que continúa vigente! Y lo peor del caso es que, con su vigencia, persisten todos los defectos e inconvenientes que la inscripción declarativa lleva consigo, entre los que, para el objeto de nuestro trabajo, destacamos uno—que, por cierto, también es puesto de relieve por el preámbulo de la nueva Ley—: la existencia legal, sancionada por la norma positiva, de dos propiedades diferentes: la registrada y la no registrada; la posibilidad, no contraria a Ley, de que un sujeto de derecho sea propietario frente a unos y no frente a otros. «El vigente ordenamiento inmobiliario—dice el citado preámbulo de la Ley de 30 de diciembre de 1944—implica la coexistencia de dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita, sometidas a regímenes distintos.»

Pues bien: dadas estas características del sistema español, se comprende la gran importancia que entre nosotros han de tener los problemas relacionados con la concordancia entre el Registro y la realidad.

2. Procuraremos explicarnos. Frente a la expresada concordancia se coloca, como término opuesto, este otro concepto técnico hipotecario: el de «inexactitud del Registro», felizmente definido en el nuevo artículo 32 de la Ley. «Por inexactitud del Registro se entiende—dice el citado artículo—toda discordancia que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extraregistral.» La realidad jurídica y el Registro pueden encontrarse, pues, en una relación de paralelismo, o en una situación de divorcio. En el primer caso se dice que hay *concordancia* entre Registro y realidad; en el segundo decimos que el Registro es *inexacto*.

Pues bien: en un sistema regido por el principio de inscripción constitutiva—y precisamente en el sector donde tal principio tenga aplicación rigurosa—no hay más realidad *real* que la del Registro. El «accipiens» que, en Derecho alemán, por ejemplo, no inscribe el acuerdo real de transmisión («einigung»), no adquiere el derecho inmobiliario de que se trate, puesto que la inscripción, que no se ha practicado, es uno de los elementos que constituyen el fenómeno traslativo. ¿Podrá decirse que, en tal caso, el Registro alemán es inexacto? De ninguna manera. En el Registro aparecerá como titular aquella persona que, como transmitente, ha perfeccionado el acuerdo real de transmisión, pero que, por no haberse inscrito tal acuerdo, no ha transmitido todavía. En una palabra: la Oficina registral pública como titular del derecho real inmobiliario a quien lo es realmente. El Registro concuerda con la realidad; es exacto.

En cambio, entre nosotros, el carácter declarativo de la inscripción es fuente prolífica de inexactitudes registrales. Tan pronto quede perfecto un contrato de los llamados traslativos de dominio en el que figure como obligado a transmitir el titular inscrito, y se haya entregado la cosa objeto del contrato, contemplaremos, válidamente operada, la transmisión inmobiliaria—artículos 609 y 1.095 del Código civil—; habrá surgido un nuevo titular—reconocido y protegido por el Derecho civil—que no es aquel otro que publica el Registro. Mientras permanezca sin inscribir el nuevo contrato traslativo, el transmitente en la realidad jurídica—último titular inscrito—tendrá también la protección de las normas—en este caso hipotecarias—; pero es indudable que durante todo el tiempo que medie entre el instante de la transmisión—surgida al conjuntarse

el título y el modo—y la inscripción a favor del nuevo adquirente, el Registro es inexacto; y cuando, por fin, pasado más o menos tiempo, ingrese en la Oficina hipotecaria el título adquisitivo del «accipiens», no contemplaremos el nacimiento de ningún derecho real a su favor; el Registro de la Propiedad se limitará a *declarar* entonces lo que ya existía de hecho y de derecho. En una palabra: se habrá puesto de acuerdo, sencillamente, el Registro con la realidad jurídica extraregistral.

Esto es lo interesante del Derecho español: que el concepto y el juego de la inexactitud registral—y su antídoto obligado: los remedios para poner de acuerdo la realidad con el Registro—fluyen espontánea y sencillamente en el desenvolvimiento normal de las relaciones inmobiliarias. No hace falta, para representarnos la inexactitud que pensemos en el caso anómalo de que se inscriba un título nulo o falso, o de que, al extender el asiento, se padezcan errores materiales o de concepto. Estos supuestos—que son, indiscutiblemente, casos de inexactitud registral y a los que se refiere el artículo 33 de la Ley en su actual redacción—aquí no nos interesan. Nos ocupamos sólo de los otros casos derivados precisamente del carácter declarativo de nuestra inscripción, y que, por eso mismo, son tan constantes en el sistema patrio, que muy bien puede decirse: todas las inscripciones que se practican en los Registros españoles—a excepción de las de hipoteca—son inscripciones de rectificación registral en el más amplio sentido de esta expresión. Y justamente a estos casos de rectificación—a los que se refieren el artículo 347 y siguientes de la Ley Hipotecaria, según han quedado redactados después de la reforma del pasado 30 de diciembre—dedicamos nuestro trabajo.

3. Arrancando de este principio de inscripción declarativa—mejilla del sistema español—, podemos determinar las causas de qué proceden las inexactitudes del Registro. Estas causas son, fundamentalmente, dos: o no haberse inscrito un derecho que existe, o no haberse hecho constar en el Registro la extinción de un derecho inscrito que ha dejado de existir. En el primer supuesto, la inscripción consigue poner de acuerdo el Registro con la realidad; en el segundo caso, este mismo efecto se logra a través del asiento cancelatorio.

Pero este cuadro tan simple y tan sencillo admite y precisa dis-

tingos y subdivisiones. En el caso primero—derecho existente, pero no inscrito—caben estas dos hipótesis : a) El derecho actualmente existente aparece inscrito a nombre de un titular que dejó de serlo en la realidad jurídica extraregistral. Y aunque, según se ha visto y hemos pretendido demostrar, desde el mismo momento en que se ha perfeccionado extraregistralmente la transmisión inmobiliaria, el Registro es inexacto, no puede dudarse de que el problema es de más fácil solución cuando el titular hipotecario es el que transmitió al actual titular extraregistral—en el cual caso bastará la presentación e inscripción en el Registro del título adquisitivo para restaurar la perdida exactitud de la Oficina hipotecaria—, que cuando el transmitente no ingresó en el Registro. Es en este último caso cuando propiamente puede decirse que el trácto sucesivo tabular quedó roto, desconectado del tráfico inmobiliario. Por eso, la nueva inscripción que se extienda a favor del sujeto actual del derecho pondrá en concordancia la realidad con el Registro, reanudando el trácto sucesivo interrumpido. b) El derecho actualmente existente no está inscrito a nombre de su titular, ni lo estuvo jamás a favor de titular alguno ; es un derecho que recae sobre finca no inmatriculada. También en este caso el Registro es inexacto, porque la no existencia en sus libros—contenido negativo—del inmueble objeto del derecho no inscrito, está en desacuerdo con la positiva realidad jurídica extraregistral. Por ello, la primera inscripción del derecho recayente sobre finca hasta entonces no inmatriculada pondrá de acuerdo Registro y realidad, iniciando la historia hipotecaria del inmueble.

En el caso segundo—derecho inscrito que ha dejado de existir, pero cuya inscripción no se ha cancelado—cabe, a su vez, distinguir : a) El derecho inscrito se ha extinguido de un modo normal ; por ejemplo : hipoteca que deja de tener vigencia por haber quedado satisfecho el crédito principal, del cual aquélla es accesorio. En tal hipótesis, desde el mismo momento del pago, el Registro es inexacto porque da como vivo un derecho—el de hipoteca—que en la realidad extratabular ha quedado muerto. Pero el simple ingreso en el Registro del título hábil para cancelar, restablecerá la exactitud—pasajeramente en quiebra—de aquella Oficina. b) El derecho inscrito se ha extinguido por prescripción, con arreglo a la legislación civil. En esta hipótesis, el paralelismo entre Registro y realidad

—roto en el instante en que se haya consumado la prescripción— quedará soldado cuando se extienda en el Registro el asiento cancelatorio a virtud de la sentencia judicial que ponga fin al expediente de liberación de cargas y gravámenes.

Vayamos puntualizando. Hemos hecho referencia a una serie de causas de inexactitud registral, derivadas todas—no nos cansaremos de repetirlo—del carácter declarativo de la inscripción española. Pero, por muy natural y constante que sea en nuestro Derecho positivo el fenómeno de discordancia entre Registro y realidad, no podemos sustraernos del todo a la idea de que en los supuestos de inexactitud debe haber algo de anómalo y excepcional. Cuando llega el momento de ahondar en el examen de la falta de paralelismo entre lo tabular y lo extratabular—y, sobre todo, de los remedios para poner fin a esta divergencia—, damos de lado a esas causas de inexactitud demasiado normales y constantes y nos fijamos sólo en aquellas otras que, sin ser plenamente anormales—como lo son, por ejemplo, los errores o la nulidad de los asientos—, obligan a la Ley, para soldar la rota exactitud del Registro, a poner en juego un mecanismo especial, o, por mejor decir, «específico».

Más concretamente. La Ley de 1944 contempla la inexactitud registral—fruto, en lo que «es» objeto de nuestro examen, del régimen de inscripción declarativa por ella mantenido—como algo pernicioso a lo que es preciso combatir, y asume la tarea de señalar y reglamentar los remedios para conseguir un Registro exacto. ¿Resultado de su esfuerzo? El título XIII, que trata «De la concordancia entre el Registro y la realidad». Ahora bien: de los supuestos de inexactitud registral que antes hemos enunciado, dos de ellos tienen un remedio tan sencillo, tan elemental, tan carente de especialidad, que a nadie podrá extrañar el hecho de que tal remedio no sea recogido en esta parte de la Ley. Ayudémonos con un ejemplo:

A—titular inscrito—vende a B una finca, considerándose entregada ésta mediante la formalización de la oportuna escritura de compraventa—artículo 1.462, párrafo segundo, del Código civil—. Cuando se inscriba en el Registro a favor del comprador y por virtud del expresado título el dominio de la finca, no hay duda de que se habrá puesto fin a una inexactitud registral, consistente en publicar aquella Oficina como dueño a quien había dejado de

serlo desde el instante en que, por el otorgamiento de la escritura y consiguiente conjunción de título y modo, quedó perfecta la transmisión realizada. Esto es rigurosamente cierto. Mas no olvidemos que la Ley busca remedios contra la inexactitud registral; pero remedios, frente a los casos—cómo diríamos—un poco «patológicos», y no cuadra de ninguna manera esta calificación para el supuesto de inexactitud que acabamos de examinar. ¿Que el Registro se hizo inexacto desde que se consumó, extrahipotecariamente, la transmisión inmobiliaria? Nadie—dentro de la técnica que impone el juego de la inscripción declarativa—lo puede dudar. Pero tampoco caben dudas respecto del hecho clarísimo de que el remedio contra tal inexactitud brota espontáneo a través del articulado de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de llevarle de un modo específico a ese nuevo título XIII, enderezado a señalar los medios para conseguir la concordancia entre el Registro y la realidad. Y así vemos—de cara a nuestro ejemplo—que el artículo 3.<sup>º</sup> de la Ley da a la escritura pública la categoría de documento inscribible; que el artículo 2.<sup>º</sup> considera sujetos a inscripción los títulos—actos—traslativos del dominio de los inmuebles, y que el artículo 20, párrafo 1.<sup>º</sup>, permite inscribir, a favor del adquirente, aquellos títulos traslativos otorgados por el titular hipotecario del derecho que se transmite. Con la referencia a estos artículos—por no citar sino los fundamentales—hemos mostrado los textos positivos a cuyo amparo se restaura, en la hipótesis de nuestro ejemplo, la exactitud registral. Pero no los señalamos con la pomposa etiqueta de «remedios para lograr la concordancia entre el Registro y la realidad», ni la Ley los incluye, y hace bien, en el título XIII.

Lo mismo podemos decir en el caso de cancelación de un asiento por extinción normal del derecho inscrito. Los artículos antes citados—no olvidamos que el 20, después de la reforma, recoge no sólo las hipótesis de transmisión y gravamen, sino también las de declaración, modificación y «extinción» del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles—pueden servir de soporte a nuestra argumentación. Cuando ingresa en la Oficina registral una escritura de cancelación de hipoteca, consentida por el acreedor hipotecario—actual titular inscrito—, cuyo crédito ha sido pagado, se pone de acuerdo con la realidad un Registro transitoriamente inexacto;

pero, ante todo, se realiza una aplicación corriente y concreta del principio formal de trácto sucesivo.

Y, en vista de lo expuesto, preguntamos: ¿Qué casos «patológicos»—reiteramos la expresión—, y al mismo tiempo normales, de inexactitud registral nos quedan? En esencia, tres:

a) Derecho inscribible no inscrito, recayente sobre finca no inmatriculada.

b) Derecho inscribible no inscrito, recayente sobre finca inmatriculada, pero adquirido de un transmitente no titular hipotecario.

c) Cargas inscritas, civilmente extinguidas por prescripción, que constan en asiento no cancelado.

Bien se comprende que la aplicación corriente y normal del trácto sucesivo no sirve en estos tres casos—a diferencia de lo que sucedió en los anteriores—para subsanar la inexactitud del Registro. Es menester acudir a otros procedimientos, que, en estos supuestos, son verdaderos remedios para lograr el paralelismo entre el Registro y la realidad. Y tenemos:

La concordancia, en el caso a), se logra mediante la inmatriculación o primera inscripción de la finca no inmatriculada.

El paralelismo, en el caso b), se consigue a virtud de la reanudación del trácto sucesivo interrumpido.

La exactitud registral, en el caso c), se restablece merced al expediente de liberación de cargas y gravámenes.

Estos tres respectivos antídotos, lógicos y razonables, de las expresadas inexactitudes del Registro están recogidos acertadamente en la nueva redacción del artículo 347, párrafo 1.<sup>o</sup> de la Ley Hipotecaria.

Vamos a examinar, con la debida separación, cada uno de estos tres remedios contra la inexactitud del Registro.

LUIS BOLLAIN ROZALEM.

Notario

## Vigencia y eficacia del «Codex juris canonici» en el ordenamiento jurídico español (\*)

### LAS PERSONAS JURÍDICAS Y MORALES

Materia es ésta que, dentro de la natural confusión en la regulación de nuestras leyes, podía considerarse relativamente fácil a base del Código civil (1). Mas supuesta la derogación del Concordato, y aun dado que con él no hayan decaído las restantes leyes o convenios, fácil es advertir la dificultad de resolver los graves problemas de capacidad y adquisición de las personas y entidades morales eclesiásticas.

La capacidad encuéntrase determinada no solamente por los cánones y los artículos del Código civil, sino, además, por las leyes desamortizadoras, que si generalmente la opinión científica, como dice Castán, considera derogadas (2), no coincide en los fundamentos de la derogación, que unos la encuadran en la disposición final (3), mientras otros argumentan apoyándose en la regulación de la persona jurídica (4). Disposiciones hubo que las proclamaron vigentes (5). Ni si-

(\*) Véase el número 200 de esta REVISTA.

(1) Artículo 38, ap. 2 Cod. civ. y 746 Código civil.

(2) Castán (l. c., tomo I, pág. 154, nota 1) cita en este sentido la opinión de Mansresa, Valverde, De Buen, Pérez González y Alquer.

(3) Campos y Pulido: *Legislación y Jurisprudencia canónica*, 1917, tomo III, página 454. Manuel López Lerón: R. D., pág. 382, año 1928.

(4) En este sentido Castán. Castro no la incluye en el 1.876, pero no hemos visto su segundo volumen de la gran obra *Derecho civil de España*. Pérez González y Alquer, en *Anotaciones Ennecerus*, tomo I, pág. 451, edición 1934, se hace cargo de la división de opiniones, aunque inclinándose a considerarlas derogadas en virtud de los artículos 37 y 38 Código civil.

(5) R. D. 1º febrero 1916, que negaba las reclamaciones de indemnización, fundándose en las famosas leyes 29 julio 1837 y 20 junio 1869.

quiero se han aplicado a todas las entidades jurídicas los beneficios de la derogación (1). Mas aún su espíritu queda agazapado en los artículos referentes a los fidéicomisos (2), y de estas vacilaciones no se ve libre la jurisprudencia (3).

Las facultades de adquisición y disposición están, asimismo, reguladas con distinta amplitud en ambos ordenamientos jurídicos (4), y si el Codex recomienda que, dentro de lo posible, se observen las formalidades de la legislación civil en materia de sucesión testamentaria y fideicomisos (5), en caso de inobservancia, no por eso deja de otorgar y reconocer validez a las disposiciones de última voluntad. Todo ello presta mayor interés al problema, pero al propio tiempo es un grave obstáculo para una solución.

Pues bien, cuando surja inevitablemente el conflicto, ¿qué norma habrá de prevalecer? He ahí el problema que tan grave perplejidad y confusión puede producir, máxime al realizar la delicada función calificadora de los documentos que se presenten al Registro inmobiliario para su inscripción, teniendo en cuenta que los elementos jurídicos, que ha de conjugar el funcionario encargado de aquél, son extrahipotecarios (6).

Por nuestra parte, opinamos que deben tenerse como eficaces las normas del Codex con preferencia a las civiles, aunque no lo consideramos vigente como ley general. Aquí es donde se precisa más claramente la distinción entre vigencia y eficacia, apenas anteriormente apuntada. La eficacia se la dan los propios estatutos de las personas

(1) Segundo Castán, las leyes desamortizadoras de 11 de febrero de 1820 y 1.<sup>o</sup> de mayo de 1855 no han sido derogadas por las leyes posteriores, que antes bien suponen su vigencia. De Buen (*Derecho civil común*, tomo I, pág. 215) dice que las leyes desamortizadoras se aplicaron a las capellanías eclesiásticas y están sometidas a la permutación acordada en el convenio de 1859 (Sent. T. Cont.-Adm. 9 enero 1871 y T. S. 26 enero 1891), mientras las laicas o mercenarias están sometidas a las leyes de las vinculaciones (Sent. 4 octubre 1872 y 17 marzo 1909).

(2) Manuel López Lezón: l. c.

(3) Res. 23 diciembre 1932 T. de lo Contencioso, 3 febrero 1889 y 7 diciembre 1908. Res. 13 octubre 1900. Algunas recogidas de Castán.

(4) Artículos 37, 38, 671, 747, 785 y 788 Código civil, y art. 27 Ley 29 junio 1890, que sufrieron durante la República las modificaciones introducidas por la ley de Confesiones y Congregaciones religiosas de 2 de junio de 1933, felizmente derogada en todas sus partes por la de 2 de febrero de 1939. Cánones del Codex 1.530, 1.532, 1.533, 1.535, 1.538, 1.540, 1.541 y 1.542, y para los religiosos el canon 534.

(5) Cánones 1.513, párrafo 1; 1.516 y 1.517 sobre la canonización de las leyes civiles en el Codex. S. D'Angelo: «De Canonizatione». In-Codice, I. C., Rev. Apollinaris, 1929, página 291.

(6) Ley Hipotecaria, artículos 2.<sup>o</sup>, 18, 42 y concordantes; R. Ilip. 12, 14 y concordantes.

morales, ya se trate de la Iglesia o entidad mayor, Cuerpo Místico de Cristo con sus notas de catolicidad, visibilidad, etc., ya de las otras personas morales menores miembros de aquella de la que han recibido la personalidad. No ignoramos la objeción fuerte que a esta construcción puede hacerse, creyéndola una aplicación concreta de la teoría de la separación entre la Iglesia y el Estado (1). Creemos, sin embargo, salvar este escollo peligroso y a ello dedicaremos cuanto hayamos de decir sobre este extremo de nuestro artículo.

En efecto, adaptando a la terminología en curso tanto los c. c. del *Codex* como nuestras leyes, podemos decir que la Iglesia Católica, dentro de nuestro ordenamiento jurídico positivo vigente, así civil como concordado, se determina conforme al llamado sistema de libre constitución corporativa (2) por el Derecho divino que los pactos reconocen. Concretamente, en el artículo 1.<sup>º</sup> del Concordato de 1851, que el apartado 9.<sup>º</sup> del Convenio de 1941 se compromete solemnemente a respetar. Hablamos de la Iglesia como corporación de Derecho público, como entidad independiente que subsiste por sí misma, con absoluta abstracción de los individuos físicos y entidades morales componentes, unida hipostáticamente a su divino Fundador y Cabeza invisible (3), esa congregación de fieles instituida por Cristo, unida bajo el magisterio y régimen de sus legítimos pastores, los Obispos, principalmente el Romano Pontífice, suprema cabeza visible, por los vínculos de la misma profesión de fe y a la participación de unos mismos sacramentos (4).

(1) Eloy Montero: *Derecho público eclesiástico*, 1943, pág. 350. núm. 244. Octaviani: *Jus concordatorium*, XI. *Apollinaris*, 1929.

(2) Ennecerus: *Derecho civil*, parte general, tomo I, pág. 467, III. Es el sistema que prevalece en Suiza (art. 60 Código civil) para las llamadas Asociaciones ideales, que «obtienen la personalidad tan pronto como de los estatutos se evidencia la voluntad de nacer como corporación». A este sistema, aplicado a la Iglesia, no pueden hacérsele las objeciones que Octaviani formula contra el de las determinaciones normativas, pues no se somete a la Iglesia a una ley especial vejatoria, sino que exige solamente la reunión de varias personas para un fin determinado, con una constitución corporativa, cuya existencia no se ha de decidir según una característica determinada, sino del carácter general de su organización. Y justamente lo que a Ennecerus le ha parecido un defecto, y quizás con razón, aplicado a toda clase de sociedades, nos parece a nosotros un mérito tratándose de la Iglesia, pues además de fomentar el impulso natural de asociación, le evita toda molestia, y no hay que temer por la seguridad del tráfico cuando a ellas nos referimos. Creemos coincidir al adoptar esta postura con la del Excmo. Sr. Obispó de Madrid-Alcalá, según más tarde veremos.

(3) Mella: *Obras completas*, edición económica, volumen II, pág. 106.

(4) Mazzella Oratio: *Proelectiones Scholastica Dogmaticae*, volumen I, Tract. de Eccl., cap. I, núm. 395, pág. 353. Pueden ver a Billot: *De Ecclesia Christi*. Marsella (C. Ard.): *De Vera Religione et Ecclesia Christi*. Wilmers: *De Ecclesia Christi*.

Esta personalidad jurídica, *supranacional, no internacional*, bajo cuya denominación incluyen los canonistas el Concilio ecuménico y al conjunto de Obispos en comunión y obediencia con el Sumo Pontífice (1), porque representa al Colegio Apostólico; no puede depender, en cuanto a su existencia, de un orden jurídico positivo, puramente humano. Lo propio que decimos del Estado o sociedad civil, que nace del Derecho natural y no, conforme quería Ferrara, del positivo, podemos con mayor razón afirmar, de "aquella sociedad verdadera y jurídicamente perfecta, puesto que posee en sí y por sí misma todos los medios necesarios para su propia seguridad y acción por voluntad y benevolencia de su Divino Fundador" (2).

Esta sociedad, sobrenatural por razón de su fin, y la Santa Sede o Silla Apostólica, que según la mayoría de los intérpretes designa no la sucesión de Pontífices, sino la propia institución del Primado de San Pedro (3), es libre al individuo, en cuanto que éste puede, bajo pena de exponerse al riesgo de perder su propia felicidad eterna, apartarse de ella; mas a la especie o género humano es una imposición obligatoria y en este sentido es para él necesaria (4). Esta espontánea adhesión al individuo forma, por la compenetración íntima y profunda de los miembros partícipes de una misma fe y unos mismos sacramentos, la más perfecta comunidad espiritual humana, cuyo ápice lo constituye el dogma de la comunión de los santos.

Solamente en ese sentido queremos aplicar el sistema jurídico de que venimos hablando. Nosotros no pretendemos con esto patrocinar la tesis voluntarista en el origen de la Iglesia. La manifestación bimilenaria de su voluntad para seguir parafraseando esta teoría no es, para los que nos honramos con el timbre de católicos, sino su constitución divina, cuyos pilares fundamentales puso ya nuestro adorable Redentor de forma que resultaron incommovibles. Esa voluntad, a la vez ese cargo divino, recogida por los Apóstoles y sus sucesores, particularmente Pedro, Jefe visible de la comunidad cristiana, transmitidos y determinados en lo accidental acomodándolos a las vicisitudes

(1) Blat: *Com. in Text. C. I. C.*, libro II, «De personis», pág. 35, núm. 28.

(2) Traviesas: «Las personas jurídicas», *Rev. de Der. Priv.*, 1927, pág. 196. Ennecerus: l. c. Wernz-Vidal: *Jus Canonicus*, volumen II, Tit. Prael. Maroto: *I Canonicum*, volumen I, pág. 9. Elijo Garay: «Las personas jurídicas», 1935, pág. 25.

(3) Blat: l.c.

(4) Cavagnes: l. c., págs. 284 y 233, tomo I. Wilmers: *De Fide*. En general, los teólogos tratan este punto cuando habla de la posibilidad de salvarse fuera de la Iglesia y la consiguiente necesidad de pertenecer a ella, al menos *in toto*.

históricas de cada época y traducida actualmente en los 2.414 cánones del *Codex*, es la que sostenemos que en el conflicto debe prevalecer, porque es la voluntad y los derechos de la sociedad superior, incapaces de efectiva o real incompatibilidad con los de la inferior, cuando éstos se ciñen a su propia esfera y mantienen en sus justos límites. Para ser consecuentes con las afirmaciones del Concordato, artículo 1.<sup>o</sup>, hay que dar eficacia a estas normas jurídicas canónicas, cuando tratemos de la Iglesia, aunque no las haya de hecho incorporado una ley positiva. Y en esto celebramos mucho poder coincidir con la tesis del Padre Villada y, sobre todo, con la de Mella (1).

Se nos dirá que, así entendida, nuestra tesis sobre este punto es una contradicción con lo que hemos dicho anteriormente. La contradicción no es ciertamente nuestra; es, en este caso, del Derecho positivo, fácilmente subsanable con aclarar esta irregularidad mediante una sencilla disposición que armonizara con las terminantes manifestaciones de la legislación concordada el resto de las normas positivas, sin contentarse con afirmaciones en los preámbulos, inexactas y fácil blanco a la crítica jurídica.

Es, por lo demás, perfectamente lógica y coherente nuestra doctrina, puesto que lo que negamos es valor al pase como promulgación civil del *Codex*, mientras aquí se lo reconocemos, no en virtud de aquél, sino de un convenio en el cual se parte de la afirmación de la unidad católica, claramente expresada en el artículo 1.<sup>o</sup> del Concordato de 1851. No hacemos más que sacar las consecuencias de unos principios admitidos por el legislador. Y todo ello para eludir las referencias a los artículos 37. y 38 del Código civil en el apartado 1.<sup>o</sup> del último, porque entonces sí que se nos podía argüir de que considerábamos a la Iglesia Católica entre las sociedades civiles regidas por sus propios estatutos y sometidas a la peligrosa teoría liberal de las determinaciones jurídico-objetivas.

Los problemas más graves no se presentan cuando nos referimos a la Iglesia. Aunque sea a través de las supremas jerarquías como hemos de tratarlos, rara vez se presentará el caso de conflicto por razón de los derechos privados, sobre todo a partir de la publicación del *Codex*, que fija claramente el sujeto de dominio, atribuyéndolo a la persona moral inferior bajo la suprema autoridad de la Santa Sede (2).

(1) Mella: *Obras completas*, edición económica, volumen II, pág. 111.

(2) *Canon 1.499, 2.*

con lo cual da por terminadas las disputas entre canonistas y adopta la opinión de Wernz (1).

Como bajo el aspecto formal de la inscripción de inmuebles, además del sujeto, es preciso determinar el domicilio de la persona o entidad a cuyo nombre se solicita aquélla (2), nos encontramos en un conflicto agudo de Derecho internacional privado. A nuestro juicio es eludir no dar la solución cuando se limita a decir que en el *Codex* prevalece el sistema territorialista (3). Teniendo en cuenta que el domicilio de los menores es el de sus representantes (4) y que las personas morales en Derecho canónico son consideradas como tales (5), creemos que puede armonizarse perfectamente con la regulación del Código civil (6).

No obstante, admitido el derecho de estas personas jurídicas a tener su propio domicilio, "aunque aparezca que lo hacen" *in fraudem legis* (7), precisamente por eso no está todo resuelto con decir que es el domicilio de origen o el de la casa central, porque entonces surge el peligro de la extraterritorialidad de tales cosas que no será fácilmente reconocido. Marotó mismo da como controvertible esta cuestión aun para las mismas cosas religiosas (8). Trías Giró, supuesta la vigencia del Concordato de 1851 en su integridad, encontraba la respuesta en lo referente a los que él llama organismos de la Iglesia nacional española, por ejemplo, parroquia, diócesis, en el artículo 41, "la ley que las ha reconocido"; pero no habiendo ni en España ni en el extranjero un estatuto supranacional como en el Congreso de la Asociación Internacional de Bruselas, de 1910, y la XXVI Conferencia Internacional Lau Asociation de Londres, del mismo año, ni rigiendo el mismo criterio que para dichos organismos cuando se trata de órdenes religiosas, es muy expuesto aceptar la misma fórmula. La teoría de Laurent que cita este autor la rechazamos porque, al someter en este punto a las personas jurídicas al Derecho nacional, parte del supuesto falso y tendencioso de que son creación del Estado. Más correctamente se expresa el propio Trías Giró en estos términos: "de

(1) Wernz: *Jus Decretalium*, tomo III, tít. V, pág. 155, núm. 137, edición de 1908.

(2) Artículo 9.º, núm. 5, Ley Hipotecaria, y 61, núm. 6, Reglamento hipotecario.

(3) Postius: L. c., pág. 413, número 450-I.

(4) Canon 93, párrafo 1.

(5) Canon 100, párrafo 3.

(6) Artículo 41 Código civil.

(7) D'Annibale: I-85, y Sarzana: *Manuale di Diritto costituzionale de la Chiesa cattolica*, núm. 220.

(8) Marotó: l. c., volumen I, libro II, tít. II, cap. III, núm. 409, pág. 473.

hecho cada una de estas casas (las religiosas) ordinariamente atemperadas al ambiente del territorio donde funcionan, se consideran como súbditas, para los efectos civiles del país, pues los intereses religiosos que en cada territorio desarrolla la casa religiosa son intereses nacionales de cada país" (1). Con algunos reparos de expresión y algún otro complemento respecto a las casas de cada provincia eclesiástica dentro del territorio nacional, puede admitirse esta opinión.

Muy a nuestro pesar nos vemos obligados a puntualizar algunos extremos que, saliendo del campo positivo, invaden las altas esferas de la especulación filosófica. Precisamos fijar el concepto y la doctrina sobre la personalidad jurídica, a fin de poder establecer las normas a que puede estar sometida. Mas existe tal confusión de pareceres que puede afirmarse la falta de coincidencia hasta en cuanto al nombre. Once estudia en su luminoso discurso citado el Excmo. y Rvmo. Obispo de Madrid-Alcalá (2). Se acepta la definición genérica de la persona moral como sujeto capaz de derechos y obligaciones; sin embargo, apenas se intenta determinar el contenido de aquélla surge inevitablemente la discusión. Ponen unos la característica de estos entes jurídicos en la independencia frente a los individuos; añaden otros la necesidad del reconocimiento legal y la existencia de un órgano directivo o de gobierno; pero hay alguno, como Giorgi, que exige la existencia de un patrimonio, como nota esencial sin la cual no cabe la personalidad (3).

Culmina, sobre todo, la divergencia en la construcción filosófica del *substratum* de la personalidad, que para unos es pura creación de la técnica jurídica a fin de determinar el sujeto de atribución en los llamados derechos subjetivos, y para otros es algo objetivo en sí, bien sea un ser viviente psíquico distinto o independiente de la de los individuos, aunque semejante a éstos, con su voluntad y entendimiento propios, o bien una realidad ontológica y psicofísica, pero no biológica. Radbruch plantea en estos términos la cuestión: "El problema

(1) Trías y Giró: «Personas jurídicas extranjeras de fin no utilitario», Revista de Derecho Privado, tomo II, pág. 1. En esta memoria, presentada a la Conferencia Internacional de Bruselas, apunta algunas sugerencias respecto a la Iglesia católica como persona internacional, que, aparte lo defectuoso de la expresión, carecen de actualidad a partir del Tratado de Letrán, 1929.

(2) Eijo Garay: l. c., págs. 19 y 20.

(3) Giorgi: *La dottrina della persona giuridiche o corpori morali*, 1913, pág. 132, y Traviesas: l. c. Puede verse Michonal: *La théorie de la personnalité juridique*, 1909. Saclier: *La personalité juridique*, edición 2.ª, 1922.

de la persona jurídica—¿persona fingida o colectiva real?—es más el problema de un substrato metajurídico. Detrás de la persona física está el hombre. ¿Existe también detrás de la persona jurídica una entidad prejurídica que el Derecho encuentra y a la que sólo otorga personalidad jurídica? He aquí el problema tras el que marcha la discusión sobre la esencia de la persona jurídica” (1).

Ciertamente que la posición extrema de Savigny y Putcha, sean o no unas teorías basadas en las concepciones romanistas o más bien fruto de cierto racionalismo filosófico escéptico (2), no pueden admitirse en toda su crudeza tratándose de la persona jurídica en el orden civil. Probablemente no fueron admitidas ni en el mismo Derecho romano, donde la cuestión, más política que jurídica, objeto de polémica entre los romanos no versaba acerca de la existencia, sino de la licitud de tales colegios (3). Tampoco es históricamente cierta su ascendencia de las teorías de Sinibaldo di Fiechi—después Papa Inocencio IV—, quien partiendo de doctrinas filosóficas diametralmente opuestas a las del romanticismo, de tan honda influencia en Savigny, no podía entender la teoría de la ficción en sentido tan radical, negando totalmente la realidad objetiva de los fines, tan acorde con el realismo peripatético-escolástico medieval. Lo que se deduce del antiguo derecho de las Decretales es que Inocencio IV consideró como ficción, tratándose de personas jurídicas, o como irreal, el que éstas fueran un organismo, biológicamente hablando, según hoy defienden ciertos juristas y sociólogos; admitió como una realidad óntica a la persona verdadera en cuanto sujeto de Derecho. En el capítulo que se cita el abad jura sobre las almas de su convento, “es a saber, de cada uno de su convento, porque el convento como *universitas*, no tiene alma” (4). El propio Maroto habla de la persona moral “*mixta fictione juris*”, porque para ser tal como el Derecho la describe hay que añadir o fingir muchas cosas que no tienen fundamento en la realidad (5). Queda expuesta así una interpretación de esta teoría más aceptable, tratando

(1) Radbruch (Gustavo): *Filosofía del Derecho*, trad. de José Medina Echevarría, 1934, pág. 171.

(2) Ennecerus: 1. c., 29, pág. 121, nota 6, aplicado a otras teorías. Eijo y Garay: 1. c., y Postins: 1. c.

(3) Pernice: Labeo, I, pág. 281. Ferrini: Pandettos, núm. 73, págs. 99 y 101. Bonfante: *Istituzioni*, 19. Contra Pighi: *Studi in memoria U. Balli*, fundándose en Di., q. 41, 3, 30, y Eijo: 1. c.

(4) Meurez: *Die juristischen Personen*, Stuttgart, 1901. Lo cita y refuta Eijo: loco citato, cap. 2. De testam et attest. 11-10 un. VI.

(5) Maroto: 1. c., págs. 533-540.

la personalidad como un criterio civilista, pues sabido es que en Derecho canónico, tanto anterior al *Codex* como en éste, no cabe aquélla si no es en virtud de un decreto creador de la autoridad, por tratarse de fines y derechos sobrenaturales entregados al cuidado y jurisdicción de la Iglesia o autoridad eclesiástica (1).

Como nos alejaría excesivamente de nuestro propósito, rechazada la teoría de la ficción y las que guardan estrechísima afinidad con ella, a saber, la teoría de los derechos sin sujeto de Winscheid, la de los destinatarios patrocinada por Ihering y la de copropiedad o comunidad de bienes que defienden principalmente los franceses Planiol, Barthélémy, Hennar (2) y otros, sin detenernos a patrocinar ninguna otra de las restantes, primero porque difícilmente podríamos con una determinada resolver en las distintas clases de personas jurídicas admitidas por el Derecho positivo nuestro problema concreto, y en segundo lugar porque todas ellas dan excesiva intervención del Estado en esta materia; preferimos destacar la característica, admitida constantemente en la doctrina y jurisprudencia canónica y civil de la voluntad de las personas morales, distinta de las de los componentes: Habla el Código civil de sujetos capaces de derechos y obligaciones además de ejercitar acciones civiles y criminales (3), mientras en la jurisprudencia canónica se establece la fórmula en estos términos: "ita ut quod scribitur vel dicitur per epistolam a dictis nominibus, dicitur scriptum ab ipso corpore seu societate non ab ipsis uti particularibus" (4).

Manifestación de esa voluntad, a veces hasta en oposición contradictoria con la de los particulares, es la responsabilidad que contrae al incurrir en mora, por incumplimiento de sus obligaciones convencionales, la indemnización a que por este motivo se ve constreñida, junto a las demás responsabilidades basadas en la culpa (5). En el D. Canónico se impone con fuerza y eficacia jurídica la decisión adoptada por la mayoría (6). Es, además, un principio jurídico formulado en el Digesto (7) y recogido en el libro VI de las Decretales (8), que

(1) Wernz-Vidal: 1. c., volumen II, tít. prod. Cavaquis: 1. c., ed. 4.<sup>a</sup>, volumen III, números 363-367. Maroto y los canonistas en general. Cánones 99, 101, 53, 215, 392, 248 2, 687, 1,414, 708, 1,489, 216, 1,415, 497 1.

(2) Castán: 1. c., y Ennecerus: 1. c.

(3) Cód. civ., art. 38, apr. 1

(4) Decisiones Rotal Genovd Venetris, 1,606.

(5) Ennecerus y Pérez González y Alguber: 1. c., 103, págs. 482-489.

(6) Canon 101, 1.<sup>o</sup>

(7) Dig., 50, 17, 10.

(8) Reg. 29, R. I. in V, 1.<sup>o</sup>

quién se aprovecha de los beneficios que reporta la comunidad debe reportar asimismo las molestias e inconvenientes que proporcione, salvo, naturalmente, en lo que afecta a cada uno de los miembros "uti singulos" (1). Así cree llenar Pérez González y Alguer la laguna posible del Código, acudiendo al artículo 1.083, que habla de los modos, en general, de contraer obligaciones, en defecto de 1903, ap. 4, que expresamente se refiere a una clase de responsabilidad, la de la empresa y establecimientos por culpa de sus directores (2). Pues ni la empresa en Derecho civil o mercantil, ni las que el sistema canónico incluye entre las que Maroto con gran acierto llama personas colectivas, o personas morales "in jure constituto" son personas jurídicas "stricta sensu", verdadero "corpus mysticum" distinto o independiente de sus miembros ni por tanto puede aplicarse a éstas la teoría de la voluntad que vamos exponiendo, porque son suma de individuos y derechos, no algo distinto o independiente (3).

Renunciando a una construcción técnica, la doctrina y la jurisprudencia civil afirman constantemente este criterio (4). Aparte los pocos cánones dedicados al negocio jurídico que se aplican igualmente a ambas clases de personas jurídicas físicas y morales (4), la equiparación de éstas a los menores no tiene un sentido exclusivo de reducir los efectos beneficiosos de esta construcción, a preservarla de los beneficios que por error o malicia puedan ocasionarle sus órganos directivos en el ejercicio de los negocios privados; el alcance es mayor y se extiende a conceder la existencia de dicha voluntad, exigiendo la representación que canalice las aspiraciones de la entidad. Esta es la interpretación de Wern-Vidal (5), parece ser también la de Maroto (6).

(1) Canon 101, 2.

(2) Ennecerus: l. c.

(3) Maroto: l. c., lib. II, tit. II, cap. II, vol. 1.

(4) Sent. T. S. 15 diciembre 1885, 16 mayo 1893, 27 junio 1894, 2 y 10 marzo y 12 octubre 1897; 18 marzo 1898; 12 junio 1900, 3 junio 1901, 15 enero, 7 marzo y 22 diciembre 1902; 8 enero 1906, 10 mayo y 21 diciembre 1910, 6 diciembre 1912, 15 y 16 octubre 1914, 19 enero 1916, 14 diciembre 1917, 6 julio 1918, 14 febrero 1919, 14 febrero y 10 noviembre 1924, 5 marzo y 17 noviembre 1925, 3 febrero, 13 octubre, 30 noviembre y 15 diciembre 1927, 16 enero 1928, 25 noviembre 1929, etc.

L. c. 103, 1684 y 1689, 104-Sosins D'Angelo: l. c. *Apollinaris*, 1929, pág. 297.—Idem: *Ins. Digestorum*, I, pág. 562, y *Le lacune nel vigente ordinamento giuridico canonico en Saggi su questione giuridiche*, pág. 56, Ojetti, Comp. in P. I. C., págs. 1500-1517, tratan de esta cuestión del negocio jurídico aplicada al *Codez*.

(5) Wern-Vidal: l. c., vol. 2, tit. prod. núm. 30.

(6) Maroto: l. c., vol. 1, pág. 544, núm. 462, 2.

aunque disiente Blat, quien, apoyándose en las fuentes (1), sostiene que se trata exclusivamente de defender a la persona moral en lo que la es favorable, no de necesidad de representación (2).

Sin embargo, Blat reconoce también la existencia de esta voluntad expresamente: "Sed ad hoc ut, persona moralis, in Ecclesia habeatur, pro inde que sunjectum jurium specialium socialis organismi, illa non su sufficit—a saber la naturaleza humana—, sed actus voluntatis interveniat necesse est, nec solun singularium coeuntium, qui collegio dare non possent nisi habita ab eis ut singulis jura quid angeri nequeunt, secus ac in societate civili, quia persociorum contractus juxta leges id consequi possent" (3), y aunque rechaza esta teoría para las eclesiásticas que considera, como "res utique ad Ecclesiam catholicae pertinentes ratione tamen ac voluntate carentes", no así para las civiles, lo cual a nosotros nos confirma en nuestro propósito. De entre los civilistas, no sólo los partidarios de la teoría biológica y psico-física, como entre nosotros De Buen (4), Valverde (5), De Diego (6), sino, contra la opinión de este último, el propio Ennecerus (7) acepta la existencia de esta voluntad.

Extiéndese, a nuestro juicio, a las personas jurídicas del tipo de fundación, la atribución de la voluntad, bien entendido que nosotros no intentamos incidir en el extremismo de Crome, que afirma la eterna presencia inalterable de la voluntad del fundador en tales instituciones, ni siquiera en la interpretación de Gierke, que consideraba a la fundación como un organismo vivo, cuya alma la constituye dicha voluntad y el cuerpo, la unión de hombres encargados de realizarla y agrupados para tal empresa (8). Nosotros, al atribuir a ésta, como a las demás personas jurídicas, una voluntad, no hablamos de una facultad espiritual en sentido metafísico y biológico, sino de esa íntima compenetración de aspiraciones y deseos de los miembros que constituyen la entidad, esa interdependencia mutua e íntima de los

(1) Cap. I-III *De in integrum restituzione*, I, 41.

(2) Blat: 1. c., vol. 2, pág. 38, núm. 31.

(3) Blat: 1. c., vol. 2, pág. 35, núm. 28.

(4) De Buen: *Derecho civil español común*, vol. I, págs. 115-125, ed. 1931.

(5) Derecho Civil.

(6) De Diego: *Instit. de D. Civil*, 1929, págs. 195 y sigs.

(7) Ennecerus: 1. c., pág. 398, 2, y 399, nota 2.a

(8) Gierke, *Deutsche Pruratrecht*: 78, citados ambos por Ennecerus. Por lo que a nuestro Derecho civil se refiere, en las Anotaciones puede verse copiosa legislación y jurisprudencia, sobre todo en cuanto a beneficencia o fundaciones benéficas. Es sobre todo interessantissima la Sentencia de 7 abril 1920; considerando segundo.

socios, capaz de constituir un *mínimum* de coincidencia tal que llegue a imponerse al criterio y tendencias egocéntricas del individuo, viéndolo así a formar la base de la comunidad espiritual necesaria para que pueda surgir la entidad moral, "una como conexión específica de coincidencias individuales, que con sus respectivos contenidos estrechan los vínculos interconscientes, en los cuales se basa y trama conciencia colectiva que trasciende de ellos, pero que subsiste en ellos y con ellos" (1). Coincide con nuestra opinión la teoría del *corpus mysticum*, que Roberti aplica por igual a las formas asociativas y las obras surgidas en el seno del *Corpus universalis*; doctrina establecida por el Apóstol San Pablo con mayor detenimiento, aunque se encuentra también en los Evangelios, y que este autor ha querido considerar como decisivamente influyente en las corrientes jurídicas del derecho justiniano y posterior (2).

Esta doctrina de la voluntad de la persona jurídica, riquísima y fecunda en consecuencias prácticas, nos conducirá a la conclusión de la eficacia civil del Codex en materia de capacidad en orden a los bienes temporales de las entidades menores religiosas. No necesitamos, para demostrar esto, ni al famoso Real decreto de 1919 concediendo el pase regio (3) ni siquiera a la vigencia del Concordato; pues a pesar de la abolición de éste y del Codex subsiste el reenvío a la legislación canónica en esta parte de nuestro ordenamiento jurídico, con mayor razón ahora en la nueva legislación del Estado. Menos que en estas entidades de carácter religioso, en ninguna otra puede aparentemente intervenir la voluntad para el nacimiento. Y, sin embargo, no cabe excluirle totalmente, siquiera como requisito previo para la formación de la persona colectiva, que después elevará a jurídica la

(1) Eloy L. André: *Psicología Experimental*, pág. 30.

(2) Melchiorre Roberti, *H. Corpus Mysticum*, en *Studi in onore de Besta*. Con este autor coinciden: Arangio Ruiz, *Archivio Giurid.*, vol. 81, pág. 400, e *Instituzione di diritto romano*, vol. 2, pág. 62, 148. Albertario: *Studi di diritto romano*, Milán, 1933. Respecto al valor de las investigaciones de Roberti, véase Ursicino Alvarez, R. D. P., 1940, con abundantísima bibliografía sobre este tema interesantísimo. También pueden leerse documentados trabajos en *Atti di Congreso Internazionale di Diritto Romano*, 1934, y los de 1935.

(3) Sobre el alcance de esta institución regalista del pase en el régimen absolutista del siglo XVIII, véase Jemolo (Arturo Carlo): *Il valore del diritto romano della Chiesa nell' ordinamento giuridico italiano*, *Archiv. Giner*, 1923, y Borgo Francone: *Riflessioni di un italiano sopra la chiesa in generale*, Venezia, 1768, y pág. 289, que se pronuncian en el mismo sentido que nosotros dejamos expuesto anteriormente.

autoridad eclesiástica competente (1). Con ello y en cumplimiento preciso del decreto de 25 de enero de 1941, habrá que recurrir a las propias normas canónicas vigentes para saber si tienen ese fin religioso o no. Creemos que hubiera sido menos expuesto a dudas haber exigido el decreto de creación canónica, y se habrían evitado no pocos inconvenientes o conflictos.

Se excluye, por otra parte, con evidente acierto, en el decreto comentado, el llamado sistema de determinaciones normativas a que quedan sometidas las demás, quizás rebasando algo los límites de moderada inhibición que la Ley de Asociaciones de 1887 establecía en la materia de asociaciones. ¿Es que la palabra *aprobación*, empleada para las asociaciones religiosas, significa que han de inscribirse solamente a título de manifestación al poder público de su existencia para que la extienda un testimonio de su presentación? Queda también suprimido este mismo trámite burocrático, y se reconoce publicidad jurídica a la certificación de la autoridad eclesiástica. Esto sería lo razonable y justo, mas habrá que reconocer que podrán surgir dificultades de interpretación, emanadas del propio texto.

Ya con esto nos bastaría para demostrar la eficacia e influencia del *Codex* en la fijación de la capacidad de las personas jurídicas religiosas. Creemos que tanto en el Convenio de 1941 al declarar vigente el artículo 1 del Concordato de 1851, reconociendo a la Iglesia "todos sus derechos y prerrogativas", entre las que ha de ocupar forzosamente un lugar principal cuanto afecte a estas entidades menores homogéneas, como en el Decreto del mismo año, excluyendo la *aprobación* del Estado, se establece de una manera terminante un reenvío en blanco a los cánones referentes a ellos. Dejando para más adelante la determinación de este reenvío, no vacilamos en reconocer que estas normas positivas de nuestro ordenamiento jurídico establecen principios y preceptos de la más pura y correcta doctrina ortodoxa de Derecho público eclesiástico.

Mas volviendo al propio acto fundacional, en cuanto revelador de una voluntad colectiva de los agrupados en torno a ese fin religioso, centro de atracción de las simpatías y adhesión de los individuos, creemos encontrar en ella como sobrepuerta a los fines personalísimos y singulares de cada uno otra razón para declarar influyente las nor-

(1) Cognitio: Inst. J. P., eccl., vol. 3, ed. 1883, págs. 131-132

mas del Codex. Podría objetársenos que incurriéramos, como ya hemos dicho anteriormente, en la teoría liberal de considerar a los cánones como normas contractuales entre los individuos. Este error, que tuvo graves repercusiones políticas al pretenderlo traducir Scialoja en ley el año 1867 (1), aunque menos grave cuando se trate de estas entidades menores que refiriéndolos a la Iglesia, no parece que se da interpretando ese momento inicial como un acto conjunto de varios individuos coincidentes en una finalidad y animados de unos mismos propósitos e idénticos ideales para llevar a feliz término una empresa, sobre todo en el plano puramente civil. Ya muchos canonistas no tienen reparo de admitir incluso la concepción contractualista para las entidades o corporaciones jurídicas no religiosas, porque respecto a ellas cabe una suma de derechos que no se da ni puede darse en los religiosos (2); pero si a ello añadimos que ni siquiera conforme a la opinión de Haff, Oertmant, Gierke y otros muchos que venimos exponiendo, es necesario hablar de pactos ni cesiones de ninguna clase, claramente se comprende que, al hablar de la voluntad decisiva e influyente de la persona jurídica eclesiástica para dar eficacia a las normas canónicas, nosotros evitamos cuidadosamente el que puedan reducirse a simples cláusulas contractuales entre los individuos.

Responden estas Sociedades o Agrupaciones a una doble necesidad, impuesta por las exigencias de nuestra naturaleza limitada, a saber: la división de trabajo y la mutua cooperación beneficiosa a todo ser humano. Satisfacen, además, aspiraciones espirituales y físicas aptitudes del sentido. Si no son ni para el individuo ni para la misma especie en sí una imposición, y por tanto pueden ser perfectamente libres, no dejan por eso de ser naturales como secuela de nuestra tendencia a la sociabilidad. De todo lo cual se deduce que, si cada una de ellas en particular pueden considerarse como creación estatal, la institución en sí, como tal institución tiene el substrato de los fines y medios con plena independencia del Estado, la persona jurídica es de Derecho natural. Su voluntad, su ordenación de medios, su fin y sus derechos, como sus actos por el impulso natural a que responden, al traducirse en unos estatutos y concretarse en unas reglas de la en-

(1) Falcó (M.): *El reordenamiento de la propiedades eclesiastica*, 1910, págs. 3, 13, citado por Jemolo.

(2) Blat: l. c., y Maroto: l. c., hablando de las sociedades colectivas no elevadas a personas jurídicas.

tidad, no son expresión de una voluntad subjetiva de cada uno ni una suma de voluntades, sino la manifestación y determinación positiva del derecho natural para aquella institución. Derecho privado o público—la línea divisoria entre estas dos vertientes no está aún bien definida—pero derecho, no emanado de un pacto sino del natural.

¿Damos con ello por admitida la teoría de los que ven en toda persona jurídica, física o moral, desde la familia hasta el Estado, una fuente objetiva de derecho de idéntico valor? (1). No es preciso aceptar esta hipótesis, ni por nuestra parte la aceptamos como fundamento de nuestra opinión. Las más dispares tendencias ideológicas reconocen que las disposiciones emanadas de la potestad legislativa eclesiástica son jurídicas, no simplemente morales (2); pero atribuir sin más ese valor a las reglas o estatutos de los entes menores sería reproducir la famosa tesis de Ahrens sobre el pluralismo jurídico, inadmisible en el estado actual de la organización social. Solamente las Sociedades perfectas son fuente de derecho. Como tal, corresponde a la Iglesia, independientemente de toda intervención estatal, ni para la sanción ni para la aprobación, como dice la proposición primera del Syllabus. Pero a estas entidades menores civiles como familia o eclesiásticas, como una casa religiosa, no puede considerarse fuente de derecho en sentido objetivo. Sus normas no son en sí mismas jurídicas. Aunque se acepten como tales, su eficacia civil depende del reconocimiento estatal. La razón de todo esto está en la imposibilidad de que a tales normas estatutarias se pueda atribuir ni siquiera una coactiva inviolabilidad interna, que, según la corriente filosófica más común, es de esencia de todo derecho objetivo (3).

Supuesto este doble monopolio de la Iglesia y el Estado para establecer normas objetivas de valor jurídico en su respectivo orden, cabe interpretar los estatutos como una delegación de cada uno de los poderes a estas personas jurídicas menores religiosas o civiles (4). Hablando de la Iglesia respecto al Estado, esto equivaldría a disminuir, o

(1) Romano: *L'Ordinamento giuridico*, Pisa, 1916.

(2) Croce (Benedetto): *Breviario de estética* 1913.—Romano: I. c., *Bierling, Juristische Prinzipienchre*, III, 1905, pág. 216.—Regelsberber: *Pandekten*, Iaisosig, 1893, pág. 85.—Del Guindice: *Il diritto dello Stato nell' Ordinamento canonico*, Archiv. Guerid, 1924, pág. 4, nota 2.<sup>a</sup>

(3) Eloy Montero: *D. Pub. Eccl.*, 1943, pág. 6, núm. 7.

(4) Schappoli: *Diritto Ecclesiastico*, 1943, pág. 32.

mejor, desvirtuar su potestad legislativa, que le viene de Dios, aplicada a las demás entidades habrían de ser homogéneas y subordinadas, cosa que no podemos decir de las religiosas dentro del Estado, que ordenan sus relaciones con él a través de la suprema potestad del R. Pontífice. Esta teoría, que tiene su explicación en el Derecho administrativo, y sobre todo en los Estados federales o compuestos de regiones autónomas, no es admisible al referirnos a estas entidades menores, creadas y erigidas por la autoridad eclesiástica, pues dentro de los múltiples matices y variantes que admite esta institución jurídica, supone siempre una subordinación inaceptable, tanto de la Iglesia como de sus miembros, a las personas morales menores (1).

A nuestro juicio, tratándose de las personas jurídicas, reconocidas no creadas por el Estado, ya que nadie debe confundir el reconocimiento con la creación (2), puede hablarse de la eficacia del Codex respecto a su capacidad y otros extremos indicados como de un caso de recepción en los estatutos y a través de ellos una incorporación a la ley civil. Esta recepción la entendemos análogamente a como interpretan los canonistas la canonización de la ley civil, esto es, dando valor en su respectivo fuero a las normas que por sí solas con la incorporación en los Estatutos carecieron de vigor (3). De ahí resulta que el aprobar la Iglesia los Estatutos de estas entidades colectivas o fundacionales, y erigirlas o constituir las canónicamente, las confiere la personalidad jurídica, dando aquéllos un valor superior al del pacto contractual, mientras que el Estado, limitándose en su función civil al reconocimiento, no aprobación ni creación, da fuerza legal y jurídica en su propio fuero a las normas estatutarias o reenviadas en las reglas fundamentales de las entidades.

Siendo expresión concreta del derecho natural a constituir esas asociaciones para la realización de determinados fines, bien sea por la coincidencia de múltiples voluntades individuales o ya por manifestación jurídica de una sola, como en el caso de las fundaciones, se comprende que la capacidad de estas personas jurídicas, no quede reducida a una facultad de tener derechos (4), sino que puede extenderse

(1) Sobre esto, Jemolo: l. c., con amplia bibliografía, y Gascón y Marín: *Derecho Administrativo*, págs. 483 y sigs., también con bibliografía, ed. 1933.

(2) Traviesas: l. c., pág. 196. Ennecerus y Pérez González y Alguer.

(3) SOSUS d'Angelo: l. c., pág. 298, y Del Giudice: l. c. Vide también Maroto y demás canonistas.

(4) D. 4, 3, 15-1 y seguido por los romanistas.

a lo que llama Haff de efectos (1) que comprende además de los derechos las responsabilidades por causa de delito. Como tal derecho natural es también superior a la ley positiva y prevalente respecto a las determinaciones positivas de ésta (2), que debe respetar y no coartar las exteriorizaciones de aquél. Queda así rechazada la teoría inglesa de *Ultra vires* y la francesa de la *specialité*, cuando reducen excesivamente la capacidad de estas instituciones (3).

Por otra parte, si los fines supremos no se eligen, antes bien, se imponen a nuestra voluntad (4), y por eso no son completamente libres a la especie las dos sociedades que tienden a los dos supremos fines del hombre, la felicidad eterna y temporal, aspiración respectiva de la Iglesia y el Estado, no puede negarse que cuando el fin es intermedio de otro superior, queda mayor margen a la intervención de la voluntad libre del hombre (5). No vemos, pues, inconveniente grave en que la constitución de la persona jurídica limite la capacidad de poder de la representación, dejando ilimitada la de los derechos de aquélla (6). Rechazamos la teoría de Von Thüren y Gierke con H. Lehmann (7); pero no excluimos que la voluntad de la entidad moral someta a sus órganos directivos en la gestión de los negocios a las reservas anteriormente citadas del Código canónico. Queda así salvada, por una parte, la realidad, autonomía, independencia e ilimitación en cuanto a la capacidad de la persona jurídica; mientras que, por otra parte, se reconoce y admite la posibilidad de incorporación de las normas canónicas limitadoras de las facultades de gestión en los órganos directivos.

No vemos ningún obstáculo a nuestra tesis, después de derogar la funesta Ley de Confesiones y Congregaciones religiosas, en nuestro Derecho positivo y la jurisprudencia. Los artículos 35, número 1.<sup>º</sup> y 37 del Código civil, en relación con el artículo 38, apartado 1.<sup>º</sup>, no pueden interpretarse en el sentido de creación por el Estado; su alcance se limita al reconocimiento. Perfectamente puede aplicarse el adjetivo "creado" del artículo 37 en relación con el número 2.<sup>º</sup> del artículo 35

(1) Ennecerus, l. c., pág. 438, nota 1, c. Viene a coincidir con la tesis expuesta de la voluntad.

(2) Santo Tomás: *Summa theologiae*, 2.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 60-5 y g. 60 5 ad. 1.

(3) Ennecerus, l. c., pág. 449, nota 14.

(4) Sto. Tomás, l. c., 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, q. 13-3.

(5) Idem, l. c., fd.

(6) Pérez González, l. c., en coincidencia con Ennecerus y la doctrina en general.

(7) Los autores citados en la nota 14 de Ennecerus.

para dar a entender que las corporaciones pueden ser de interés particular incluidas entre las que deben su personalidad a una concesión de la Ley; porque es un fin determinado por la Ley. Cuando se refiere a las Asociaciones y fundaciones, siempre habla de Estatutos propios, distinguiendo los casos en que es necesaria la *aprobación administrativa* de aquellos otros en que este requisito se omite por no ser indispensable. Ni se desvía de este pensamiento la doctrina de los autores, lo mismo refiriéndose al tipo de asociación que al de fundación, interpretando tanto el Código civil como la anterior legislación sobre asociaciones y fundaciones en sentido favorable a la libertad de formación por parte de los individuos y la mínima intervención posible de la autoridad (1). Actualmente, para los religiosos rige el ya citado Decreto de 1941; pero la jurisprudencia había ya trazado también una orientación idéntica y segura para las fundaciones (2). No resistimos la tentación de transcribir la interesantísima doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1920: "Desde el día que falleció la fundadora adquiere plena eficacia su voluntad, y, por tanto, el establecimiento fundado por ella integra una persona jurídica legalmente capaz de todos los derechos y obligaciones", pues la frase "fundaciones de interés público reconocidas por la Ley, del artículo 35, no envuelve ni significa que hasta después de hecho semejante reconocimiento no adquiere existencia legal de persona jurídica la fundación, sino que, dando la recta interpretación, ha de entenderse previene que las fundaciones sean "lícitas", admitidas, reconocidas y conformes con las 'leyes'".

Bastaba, ciertamente, para someter estas entidades al *Codex* las disposiciones del Decreto de 1941 y el Concordato en lo que aún queda vigente; creemos, además, que sin ello una interpretación de los artículos 35, 37 y 38 del Código civil en relación con la Ley de Asociaciones no llevaría a las mismas conclusiones. Y no solamente los civilistas, como Castán, Pérez González y Algúer (3), con otros muchos, sino que también puede citarse en apoyo de esta afirmación al canóniga Wernz-Vidal (4) y al propio Cavagnes, cuando concede cierta facultad de legislar a las corporaciones menores (5).

(1) Pérez González y Algúer, l. c., Castán, l. c.

(2) Sent. 5 julio 1913, y 15 junio 1920.

(3) Castán, l. c., págs. 149-150. Pérez González, l. c.

(4) Wernz-Vidal, l. c., págs. 32 y 30.

(5) Covaquis, l. c., tom. I, pág. 129, núm. 75.

A nadie se le oculta que ello da lugar a una verdadera "Com-mixtio" de normas heterogéneas y aun contradictorias, cuya armonización resulta difícil. Siguiendo nuestro procedimiento no tenemos necesidad de forzar la interpretación de la palabra "Iglesia" para comprender en ella a las asociaciones religiosas, aunque si no la totalidad, la mayoría convenía en incluirla (1). Pero nos encontramos con la dificultad de concordar entre sí la ilimitación de capacidad jurídica reconocida a la persona jurídica en el Derecho canónico con las limitaciones impuestas en el Código civil en materia de sucesión (2), las restricciones y reservas que en ambos grupos de leyes se establece para la gestión, los intereses y negocios de estas instituciones (3); a mayor abundamiento de disparidad en cuanto al valor concedido por ambos ordenamientos jurídicos a las formas solemnes de testamento y fideicomisos (4).

Sin embargo, a nuestro entender, estas antinomias son más aparentes que reales. En lo referente a las personas jurídicas es opinión común entre los canonistas que las lagunas del Derecho canónico han de suplirse por las leyes civiles (5), y, contra Noldín, prevalece también la creencia de que carecen de eficacia civil los testamentos y donaciones que no se hacen conforme a las solemnidades en aquéllas prescritas (6).

No ha parecido peligroso considerar a las normas canónicas y civiles como subsidiarias de los estatutos, porque no puede establecerse paridad entre ellos y las cláusulas de un negocio jurídico, que ciertamente son ley prevalente para las partes contratantes. Hablar de un envío receptivo de los estatutos al *Codex* y a través de ellos dar fuerza civil a los cánones por virtud de reconocimiento por parte del Estado a la persona jurídica, tiene el inconveniente, aparte de la excesiva influencia concedida a la voluntad privada en materia de derechos y deberes religiosos, que reduce esta institución a la anterior, la de

(1) Pérez González y Alguer, l. c., pág. 453.

(2) C. c., art. 993. Citamos esto en el supuesto de considerar insubsistente el art. 38, apartado 2, y 746 C. civil, que aluden al Concordato, aunque no por eso los demás por derogados.

(3) Can. 1.530 y concordantes estado.

(4) D'Angelo (Sosus): l. c., págs. 296-297.

(5) Noldiu: *Theolog. Moralis*, 1 Edi. De Prezeptis, n. 556. En contra Wermeersch, *Theolog. eclesiastica de Liege*, núm. 447; Kisselstein, en *Revista Eclesiastica de Liege*, XI (1919-1920), págs. 97-98-104; Gillet, en *Coller Mechlinensis*, 1927, págs. 82, 19; Womant: *De bonis Ecclesiarum temp.*, n. 156, págs. 168-169; S. F.: *De solemnitatibus actus juridicorum*, en *Periodica de re morali, canonica liturgia*, XVII, 1923, pág. 173, citados por D. Angelo, pág. 302, nota 46.

(6) Temolos: l. c., págs. 41-50.

llevarnos a un círculo vicioso, pues en tanto reconocemos valor a los estatutos en cuanto obtienen la aprobación de la Iglesia y a su vez las leyes de ésta las hacemos depender de los estatutos (1). Tales objeciones se evitarían parcialmente con la teoría del reenvío formal, pues en éste no se da recepción ni creación de un derecho ni una ley, sino simplemente un reclamo o adopción eventual y de hecho a otra ley, sometiéndose a sus determinaciones concretas sobre una determinada relación jurídica. Pero habrá siempre que reconocer una excesiva intervención de la voluntad del inferior en la ordenación de los derechos y deberes superiores a la esfera de su competencia (2).

La recepción, pues, que nosotros patrocinamos tiene un sentido y alcance bien distinto de las teorías hasta ahora expuestas. La que más se aproxima a nuestro pensamiento es la de Jemolo, aunque éste se retrae de emplear la palabra recepción y la sustituye por la fórmula de "*reenvío no receptio*", árida expresión jurídica que encierra, sin embargo, una ferviente profesión de fe católica. Según él, su fórmula nos dice que el legislador (italiano) comprende que allí por donde no ha pasado sobre las almas el ciclón arrollador de la herejía o el cisma, sería vano que el Estado se esforzase en arrancar a la Iglesia aquella potestad de organizarse, de dar normas a sus ministros y a sus fieles, poder que unánimemente le reconocen los creyentes (3). En nuestro Derecho positivo, después incluso de las evoluciones experimentadas y con las reservas ya establecidas anteriormente, nosotros no hemos vacilado en emplear el término recepción en cuanto expresa, sin menoscabo de los derechos y poderes de la Iglesia, la intervención de la voluntad de la persona jurídica, su respetuosa sumisión a las leyes canónicas, y es expresión viva, real, de ese derecho innato de sociabilidad humana, rica cantera de múltiples beneficios y aumento de energías dispersas recogidas en la espontánea floración de agrupaciones que el Estado no solamente debe respetar, sino fomentar, sin absorber ni pretender excesivamente intervenir, reconociendo eficacia legal a sus normas reglamentarias (3).

De todo esto sé deduce, como ya hemos apuntado, que en ese entre-

(1) Del Giudice: l. c., pág. 22.

(2) Jemolo: l. c., pág. 51.

(3) Este es el criterio que acepta la Resol. de 21 de enero de 1932, que, así entendida, nada tiene que ver con las teorías de Scialoja y Scaduto mencionadas. No añade la réplica de este último a Jemolo en *Archivio Giurídico*, 1924, fascículo II, páginas 129-169, bajo el título «Efficacia civile delle norme canoniche».

cruce de normas tan dispares y dispersas que en nuestro ordenamiento jurídico influyen sobre la capacidad de tales entidades morales, deben prevalecer las que son de Derecho natural y eclesiástico positivo o divino, positivo sobre las puramente humanas y civiles, producto de doctrinas y teorías filosóficojurídicas o políticas en pugna con la realidad de las cosas y las mismas concepciones hoy más aceptadas por los tratadistas modernos. Nos referimos principalmente a las anacrónicas leyes desamortizadoras, que hoy repreban hasta autores positivistas de nota, como Duguit (1) y, en parte, Hauriou (2). Mas en cambio, no hay inconveniente en admitir las limitaciones establecidas en el Codex y reconocidas por él y que ya quedan mencionadas.

Este es el criterio más conforme con la opinión de los autores y la jurisprudencia aducida. No por ello dejaremos de lamentar la dificultad de la materia y la posibilidad de que lleguen a plantearse conflictos o problemas complejos, cuya solución no está al alcance de todos. No dejamos de reconocer que con la derogación de la Ley de Confesiones y Congregaciones religiosas, unida a las Leyes de 11 de junio de 1941 y 1 de enero de 1942, se han abordado y resuelto cuestiones perentorias con un criterio plausible. Otros aspectos de la situación económica de la Iglesia también han sido tratados con buena voluntad y noble deseo de remediar en lo posible los males que se le habían ocasionado. No es éste el lugar ni entra en nuestro propósito una enumeración y menos un comentario de todas esas disposiciones. Si las hemos recordado con elogio es para pedir con toda sinceridad que se ponga mano también sobre este punto de las personas jurídicas, aclarando las dudas que respecto a las normas vigentes sobre su capacidad y bienes puedan sugerirle al jurista y al intérprete la barraunda de disposiciones contradictorias que desde hace más de un siglo ha dado el legislador español, sin imponer excesivo esfuerzo en evitar embrollos y contradicciones, acuciado quizás por las sugerencias inmediatas de sus ideas y preocupaciones políticas más que lógicas y jurídicas.

M. PALOMAR  
Presbítero.

(1) Duguit. Citado por Ruiz del Castillo.

(2) Hauriou: *Précis de Droit Administrative Public*, pág. 273, nota.

## **Algunas anomalías del Fuero del Baylío y de su aplicación conjunta con instituciones del Código civil**

Ni que decir tiene que hay que partir de la base de la vigencia actual del Fuero del Baylío, si no de derecho (materia discutible y discutida al tratar de la interpretación de los artículos 12 y 1.976 del Código civil—, sí de hecho, pues en los pueblos de la provincia de Badajoz en que rige no ha habido interrupción en su aplicación ni antes ni después de la publicación del vigente Código civil, y ha sido reconocido por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros en varias sentencias y resoluciones (Ss. del T. S. de 30 de junio de 1869 y 28 de enero del mismo año, y Rs. de 19 de agosto de 1914 y 10 de noviembre de 1926).

Supuesta esta vigencia, me parece no está de más afirmar que dicho Fuero o práctica consuetudinaria—pues no se conoce ningún documento en que se conceda—contiene o regula un régimen matrimonial de bienes, pero no un régimen especial de sucesión. Y digo que no está de más afirmarlo, porque vulgarmente se entiende por algunos esto último, sin duda por ser una de las operaciones que preceden a la partición la de la liquidación de la sociedad de ganancias. (En el programa para las oposiciones a Notarías determinadas de 1926 se estudiaba el Fuero del Baylío en un tema especial, inmediatamente después de tratar de las sucesiones, en vez de incluirlo entre los regímenes matrimoniales de bienes, como lo hace el de 25 de noviembre de 1940.)

No vamos a entrar en el examen de dicho Fuero, pero para analizar algunos de los casos que pueden presentarse, se han presentado y se presentan, es preciso decir en qué consiste dicho régimen matrimonial.

El único reconocimiento legal del Fuero pertenece à la Historia: fué Carlos III quien, en Resolución de 20. de diciembre de 1778, lo reconoció en estos términos: «Apruebo la observancia del Fuero denominado del Baylío, concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II de Portugal, conforme al qual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, o adquieran por cualquier razón, se comunican y sujetan a partición como gananciales, y mando que a todos los Tribunales, etc.»; Resolución que pasó a la Nov. Rec., ley XII, título IV, lib. X. Antes de este reconocimiento, el régimen era idéntico en sustancia, puesto que todos los bienes se partían por mitad, como ocurría en la Ley de *mitade*, o de *a metade*, recogida en las *Ordenações portuguesas*: «Tudos os casamentos feitos em nossos reinos e senhorios se entendem serem feitos por carta de a metade, salvo cuando entre as partes outra cousa for acordada e contractada» (libro IV, tít. XLVI), de donde fué tomado el Fuero que nos ocupa, según algunos (Ureña, etc.). Este régimen de partir por mitad todos los bienes a la disolución del matrimonio se consigue con la aplicación a todos los bienes de la sociedad conyugal (sin distinción de procedencia) del sistema castellano de gananciales, de que habla la citada Resolución de Carlos III. Al decir ésta que los bienes «se comunican», consagra el régimen de comunidad, es decir, de indistinción de los bienes en cuanto a la propiedad de los mismos, característica de la comunidad de bienes. Por esto, el régimen de comunidad en que consiste el Fuero del Baylío comienza desde el momento mismo del matrimonio, como sostiene el Sr. Borrallo, buen conocedor del Fuero.

La comunidad universal de bienes no es privativa del Fuero que estudiamos, sino que existen otros en que se regula asimismo tal régimen (Agermanament de Tortosa). Pero lo que caracteriza al del Baylío es la persistencia de la comunidad, y por ende de la liquidación por mitad al disolverse la sociedad conyugal, aun en el caso de que el matrimonio no haya tenido hijos o, teniéndolos, les hubieran premuerto. Esta su característica es la que da lugar a los casos que después entraré a examinar.

Habiendo hijos, me parece esta comunidad de bienes el más racional, lógico y humano de todos los regímenes matrimoniales de bienes. Es él que más se conforma con los fines esenciales del ma-

rimonio cristiano, en contra de la fría regulación o separación absoluta que regulan algunos Códigos, en donde no parece respirarse más que mutua desconfianza. Cuando dos seres se unen en la sociedad perfecta y magnífica que supone la familia cristiana, en donde el amor lo debe vencer todo y ser la suprema norma, que no conoce de reglas casuísticas y complicadas; sociedad que supone la comunidad de cuerpos y aun la espiritual... Cuando dos personas se unen de esta manera superior, ¿no van a unir, sin tuyo ni mío, como en aquella dorada edad que nos pintara Don Quijote, sus bienes, que no son más que los instrumentos materiales para la consecución de tan elevados fines como la familia tiene que cumplir?

La persistencia de la comunidad de que hablamos, cuando el matrimonio carece de hijos al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal, da lugar a ciertas anomalías e irregularidades que no se acomodan a la justicia y equidad. Supongamos el siguiente caso: Uno de los cónyuges no aporta bienes al matrimonio (lo que se da con frecuencia cuando aún viven sus padres, por excluir este régimen la dote). La sociedad se nutre exclusivamente de los bienes que aportó el marido, por ejemplo. Este fallece sin dejar hijos, y, al abrir la sucesión y proceder a la partición de los bienes, previamente se liquida la sociedad conyugal, para lo cual se aplica el régimen de gananciales a todos los bienes. Como resultado de dicha liquidación, el cónyuge sobreviviente dispone de la mitad de los bienes de dicha sociedad, partiéndose el resto entre los herederos. Al poco tiempo, la viuda contrae de nuevo matrimonio, del que tiene varios hijos que van a ser los herederos de unos bienes que pertenecieron a persona con la que no tuvieron vínculos de clase alguna, que pudieran ser los determinantes de su herencia. Solamente heredan por obra de la casualidad o de la suerte, quedando perjudicados notablemente los verdaderos herederos del causante, cuya muerte sin hijos dió lugar a la anomalía de que nos ocupamos. Ante este panorama se nos ocurre reproducir las palabras de un ilustre jurisconsulto muy relacionado con el Código civil: «Hay un caso—dice Alonso Martínez (1)—no del todo raro que subleva el sentimiento de cuantos lo imaginan o lo ven...» Y cita el caso de la sucesión de un mayorazgo que lleva aparejadas parecidas consecuen-

(1) *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales.*

cias al que exponemos, si bien agravadas por excluir a los herederos del magnate causante. Y termina con estas otras: «Por donde resulta el irritante espectáculo de que los vástagos directos del magnate viven en la estrechez y tal vez en la miseria, mientras gozan de su rico patrimonio personas extrañas a su familia y qué, por un orden natural, les son profundamente antipáticas.» (Este caso citaba para defender la institución de la reserva denominada troncal, que se llevó después al Código civil en el famoso artículo 811.) En el caso de que tratamos, *mutatis mutandis*, y con leves diferencias, se dan esas consecuencias funestas, sobre todo cuando se trata de patrimonios de escasa importancia. Cuando esto sucede, no ya si el sobreviviente vuelve a contraer segundas nupcias, sino solamente con que fallezca el que no aportó bienes, al partir por mitad su insignificante patrimonio queda el sobreviviente en una situación económica inferior, cuando a lo mejor no mediaron más que unos meses entre el matrimonio y la muerte de aquél, habiendo con su caudal sufragado todos los gastos que se originaron a la sociedad. Este «irritante espectáculo», como lo llama Alonso Martínez, en el caso de que tratamos no tiene hoy solución de seguirse aplicando el Fuero, a no ser que, como dice la mencionada Resolución de Carlos III, «la necesidad o el transcurso del tiempo acredite ser más conveniente que lo que hoy se observa en razón del citado Fuero, si lo representasen los pueblos...». Pero desconfiamos mucho de que la propia costumbre modifique la injusticia cometida en él, porque los intereses suelen ser malos consejeros, aunque no dudamos de qué en ciertos casos se proceda de otra manera, poniendo otros valores por encima del hábito.

Hay otro caso, también interesante, y éste sí tiene, a mi juicio, solución: se trata de la aplicación conjunta, por una parte, del Fuero, en lo que respecta a la liquidación de la sociedad de ganancias, y, por otra, del Código civil, en lo que se refiere a la sucesión del cónyuge viudo, es decir, de la aplicación de normas que, regulando instituciones diferentes (régimen de bienes en el matrimonio y sucesiones), llenan la misma finalidad, aunque desde distintos puntos de vista: la de que el cónyuge supérstite quede con una cantidad de bienes suficientes para vivir con arreglo a su condición social o simplemente para que pueda vivir dignamente.

Muchas y muy elevadas razones: sentimentales, morales, lógi-

cas, que no hay necesidad de hacer resaltar, aconsejan los derechos sucesorios del cónyuge viudo con el carácter de heredero forzoso concedido por nuestro Código civil ; pero cuando, como sucede en el caso que pasamos a relatar, esa finalidad está llena de antemano por una institución vigente y de aplicación ininterrumpida, como sucede con la comunidad universal de bienes y su liquidación por mitad al disolverse, en que consiste el Fuero de Baylío, ¿ se aplican juntas ambas instituciones, que, si bien diferentes, llenan la misma finalidad ? Esto último resulta a todas luces excesivo, con indudable menoscabo de los intereses legítimos de titulares que verían de esa manera notablemente mermados sus derechos. «*Non bis in idem*», reza el aforismo. A mi juicio, la solución la encontraremos en la interpretación intelectual, lógica, en la *ratio legis* : Si Código civil encuentra abandonado al cónyuge viudo y sin bienes, y, considerando las razones que arriba apunté, quiere proveer a su subsistencia digna y lo hace heredero forzoso. Perfectamente. Pero es que el Código se encuentra con una costumbre, fuero o como quiera llamársele, que provee a esa necesidad de un modo más abundante y fácil ; y esa práctica se reconoce por el más alto Tribunal de la nación y por las Resoluciones de un Centro tan importante para la vida jurídica privada como la Dirección de los Registros y del Notariado. Y, además, se viene aplicando sin interrupción desde fecha inmemorial, y no se opone a la ley, sino que llena mejor los fines que aquélla se propuso, siendo, por otra parte, la operación en que consiste, la liquidación de la sociedad de ganancias, previa a la de partición de la herencia, con que la ley pretende cumplir y cumple sus fines. No hay, pues, contradicción entre las normas ; no hay oposición, sino más bien concurrencia de normas. Luego ha de aplicarse la que con más facilidad, comodidad, armonía de intereses, etc., cumpla la finalidad perseguida, mucho mejor en cuanto que la aplicación del Fuero antecede a la del Código civil, no sólo en el orden del tiempo, sino en el lógico de las operaciones particionales. Ahora bien ; como los casos que pueden darse son varios, lo que pudiera hacerse es dejar elegir al titular del derecho, si así puede ser : o la legítima viudal o el Fuero ; pero nunca las dos eosas. Quizá se haga mejor esta situación con la exposición de un caso que se ha dado y que puede seguir dándose : La sociedad conyugal que se disuelve por la muerte de A no cuenta

con otro patrimonio que el de la fallecida, pues B, su marido, no aportó bienes de ninguna clase, salvo efectos y ropas de uso personal. Se abre la sucesión, y, acogiéndose al Fuero de Baylío, que rige en su pueblo, se liquida la sociedad conyugal, correspondiendo a su marido, B, la mitad del patrimonio. Pero, además, como el Código le reconoce como heredero forzoso, pide el usufructo de la tercera parte de la mitad que correspondió a su esposa al dividir por mitad el patrimonio de la sociedad. Se me ocultan los razonamientos que pueda haber en favor del cónyuge que, sin aportar bienes al matrimonio y sin haber contribuido a sostener las cargas del mismo más que con su esfuerzo personal, vaya a pretender, sólo porque su desgracia le deparó tal oportunidad, anegar a los verdaderos herederos de la difunta con un cúmulo de preceptos aplicables a su favor, sumiéndoles en la miseria o menoscabándoles sus derechos, defendibles, por otra parte, desde todos los puntos de vista.

En esta otra situación se daría el caso de ser, prácticamente al menos, uno de los cónyuges heredero de sí mismo: A, marido de B, pierde a su mujer, que no aportó bienes al matrimonio, a los pocos meses de casado. Todos los bienes de la sociedad conyugal fueron aportados por él. Se liquida la sociedad, y la mitad del patrimonio que él aportó exclusivamente va a parar a los herederos de su mujer. Si aplicámos conjuntamente el Fuero y el Código, ¿no es verdad que el sobreviviente se hereda a sí mismo con el usufructo de la parte correspondiente en la herencia de su mujer, integrada solamente por los bienes que en aplicación del Fuero le correspondieron y que pertenecieron a su marido con anterioridad a su matrimonio?

Veamos cómo se resuelven estos casos en la práctica. Cuando se trata de caudales hereditarios de poca importancia, la mayor parte de los casos son resueltos por los interesados con arreglo a su más o menos leal saber o entender, mediante avenencias o arreglos entre sí o por medio de peritos u hombres buenos, pues la pequeña propiedad rara vez acude a la Notaría, al Juzgado y, menos aún, al Registro de la Propiedad, ya que la carestía y complicación de la justicia, así en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa, le impide acudir a los órganos encargados de su administración.

Cuando los patrimonios tienen una mayor entidad, la práctica

notarial—hemos comprobado esto en varias escrituras—algunas veces suele resolver la dualidad de normas a que en uno de los casos citados nos referíamos, haciendo constar en las mismas la renuncia por parte del cónyuge viudo heredero de la legítima viudal. ¡Esta solución, adoptada por algunos Notarios, tiene la ventaja de que, sin prejuzgar nada acerca de la solución tajante que resuelva de una vez el problema, por lo menos materialmente impide la acumulación viciosa y leonina que de otro modo se produciría en favor del sobreviviente y, al mismo tiempo, pone el testamento a cubierto de posibles demandas.

A pesar de que esta solución de que hablamos supone un buen remedio, sería interesante oír sobre este punto la autorizada palabra de los Tribunales.

PEDRO ARRIBA PORTALES.

# Renuncia de usufructo vitalicio

## *Resolución de 12 de enero de 1944. Comentario*

Como antecedente, sucintamente reproduczo el caso, prescindiendo de nombres propios. Es así: Una señora instituye en su testamento única y universal heredera de sus bienes, derechos y acciones «*a su sobrina doña X en usufructo vitalicio, y por su muerte pasaran los bienes a los hijos de ella, por partes iguales, en propiedad*». La heredera usufructuaria, en escritura pública, renuncia al usufructo vitalicio a favor de sus hijos, y, en virtud de esta renuncia, los citados hijos y un legatario, que no hace al caso, otorgan escritura de aceptación y adjudicación en propiedad de los bienes dejados por la causante; pero con la condición resolutoria consistente en el posible nacimiento posterior de otros hijos de la heredera usufructuaria, ya que en el testamento la institución se hizo genéricamente en favor de los hijos de dicha señora.

Presentada primera copia de esta escritura en el Registro de San Fernando, se deniega la inscripción por no resultar instituidos herederos en nuda propiedad los adjudicatarios en el testamento de la causante. E interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con revocación del auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, declara que la escritura se halla extendida con arreglo a las prescripciones legales.

He aquí el caso resuelto por esta interesante Resolución de nuestra Dirección General de 12 de enero del año en curso y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 16 de febrero.

Como se ve, el problema que se plantea es dilucidar si por la renuncia que la heredera usufructuaria hizo de su derecho de usufructo pudo consolidarse en sus hijos actuales, es decir, los que tenía al tiempo de la renuncia, la plena propiedad, no obstante ser voluntad del testador que «*por su muerte pasaran los bienes a los hijos de ella, por partes iguales*», y siquiera la adjudicación efectuada a los hijos existentes en el momento de la renuncia se haya hecho con la condición resolutoria consistente en el nacimiento de otros hijos.

Y es este problema que me suscitó la lectura de la aludida Resolución el que motiva estas líneas, las que—quede bien claro—, salvando en un todo el superior criterio de la Dirección, doy a la publicidad, a título de simple comentario.

«... y por su muerte pasarán los bienes a los hijos de ella, por partes iguales»; nada más dice el testador, y es en esta escueta frase en la que, a mi modo de ver, radica el problema.

Pues que nada nos aclara la voluntad del testador—ley de la sucesión—, creo admisibles tres hipótesis distintas de quiénes sean esos hijos :

- 1.<sup>a</sup> Los que vivan a la muerte del testador, y sólo éstos.
- 2.<sup>a</sup> Los que vivan a la muerte de la heredera en usufructo ; y
- 3.<sup>a</sup> Los que nazcan d<sup>e</sup> la misma madre.

Si damos por buena la primera hipótesis, esto es, si entendemos que los hijos de la usufructuaria, a los que el testador quiso que en su día pasaran los bienes, fueron los que vivieran a la muerte de él, y sólo a éstos, es claro que a su muerte cristalizaron los herederos nudo propietarios, quedaron automáticamente determinados y, por consiguiente, previa renuncia de la madre, quedó consolidado el usufructo y surgida la plena propiedad por iguales partes, y la escritura de aceptación y adjudicación que en consecuencia de todo ello hubieran presentado en el Registro no hubiera encontrado ninguna dificultad. Sólo así se orilla el problema.

Pero ¿ quién nos asegura que fué ésta la voluntad del testador ? Por el contrario, y sin necesidad de mucho análisis, cuando corrientemente se habl<sup>a</sup> d<sup>e</sup> los hijos de una persona en relación con el momento de su muerte, como se hace en la cláusula en cuestión, se alude a los hijos que esa persona tuvo hasta ese momento, y si se quiere señalar los que hubo hasta un tiempo determinado, no coincidente con el de su muerte, es indispensable determinar esa fecha tope para poder distinguir, a los efectos que se pretendan, la doble categoría que se establece. Aparte esto, sólo el hecho y la ocurrencia de poner en juego (bien o mal, ya veremos esto) la condición resolutoria es suficiente para llegar a la conclusión de que se interpretó la voluntad del testador en el sentido de referirse, no a unos hijos determinados, sino a todos los que ella pudiera haber. En otro caso no tendría sentido.

Pues bien ; no admitida esta primera hipótesis, nos encontramos

con la segunda y tercera, y cualquiera de estas dos que aceptemos, es decir, tanto si suponemos que los hijos a los que el testador se refirió fueran a los que vivieran al tiempo de la muerte de la madre o, más general, a los que hubiera, hay un hecho incontrovertible, y es el siguiente: que hasta que muera la madre no se determinan los herederos nudo propietarios. Sólo la muerte determinará la imposibilidad de un nuevo hijo y, *a sensu contrario*, sólo ella concretará los herederos. Y sólo habrá manera de concretarlos antes si la ciencia médica, basada en sus experiencias, pudiera certificarnos, y este certificado fuese admisible, de la imposibilidad de una nueva concepción. Y aun así nos quedaría en pie la voluntad del testador que habla precisamente de muerte, momento o circunstancia esta que con ninguna otra puede ser sustituida.

Tenemos, por consiguiente, que la nuda propiedad se encuentra sin titulares determinados; ni sabemos qué hijos van a vivir a la muerte de la madre, en el supuesto de que sean herederos sólo los vivos, ni sabemos si la madre va o no a tener más hijos después de la apertura de la sucesión.

Si en esta situación, y por renuncia del usufructo, queda éste unido a la nuda propiedad, el resultante será una situación de propiedad plena sin titulares determinados, pero nunca una serie de plenitudes singulares creadas por la simple voluntad de los interesados, que por sí y ante sí concretan en unos hijos determinados lo que el testador y causante originario ordenó fuera en los hijos de la usufructuaria sin distinción, y cuya voluntad quedó, por tanto, violada.

La Dirección General, cuando se encuentra ante casos como el dilucidado por la Resolución de 29 de noviembre de 1911, en que había un heredero usufructuario universal, a cuya muerte pasarían los bienes a personas ya *determinadas*, no ha visto inconveniente en declarar inscribible la escritura de partición otorgada por el usufructuario y los nudo propietarios, en la que el primero renunciaba gratuitamente al usufructo a cambio de unas fincas que se le adjudicaban en pleno dominio, pues que no había duda en cuanto a los nudo propietarios bien determinados, y, por otra parte, el usufructuario usaba de un perfecto derecho al renunciar al usufructo, considerándolo como más beneficioso.

Pero, por el contrario, la Dirección, cuando ha de decidir ante casos en los que la determinación del heredero nudo propietario

depende de alguna condición; exige su previo cumplimiento para poder considerar surgido al tal nudo propietario y, en consecuencia, poder declarar inscribible la escritura de adjudicación, previa renuncia del usufructo. Esta interesante Resolución a que me refiero es de 9 de enero de 1918. Y, más recientemente, otra de 22 de febrero de 1943, en un caso de sustitución fideicomisaria, la Dirección, revocando incluso el auto del Presidente de la Audiencia, confirmó la nota denegatoria del Registrador, que no admitió la inscripción por los motivos siguientes: «... Segundo: Que siendo inciertas las personas a quienes ha de corresponder el pleno dominio no puede transmitirse actualmente éste, hasta tanto no ocurra el fallecimiento de doña C. F. B., conforme a lo dispuesto por el testador, don J. F., en su testamento.» (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número 180, correspondiente a mayo de 1943.)

Claro que en el caso concreto examinado, y con la vista puesta en posibles terceros perjudicados, se hace la adjudicación con la condición resolutoria consistente en el posible nacimiento posterior de otros hijos de la usufructuaria. Ante este timbre de alarma constantemente sonando—permítasenos; nadie podrá darse por no enterado—, el posible tercer adquirente queda suficientemente avisado de los peligros de adquirir los bienes relictos, mientras no se acredite el incumplimiento de aquella condición:

Muy bien; tenemos con esta condición resolutoria perfectamente salvaguardados a los terceros, pero no resuelto el problema, que no se plantea entre terceros, sino *inter partes*.

Se necesita saber si es la muerte de la heredera usufructuaria o la certeza de la imposibilidad de nueva concepción—si esto fuera posible y admitido—lo que ha de determinar, concretar el paso de los herederos de nudo propietarios, en potencia hasta ese momento, a pleno propietarios, o si, por el contrario, esto puede ocurrir antes de aquel plazo; es decir, antes de que por el fallecimiento de la usufructuaria se sepa sin género de dudas quiénes son los *hijos* de ella a quienes por la voluntad del testador hayan de pasar los bienes por partes iguales. En resumen: ¿se ha de esperar o no el cumplimiento de esa condición suspensiva?

En un caso parecido, el resuelto por la ya citada Resolución de 9 de enero de 1918, ya sabemos cómo decide la Dirección, esto es, reconociendo que, aunque el derecho del nudo propietario arranca

de la muerte del testador y no de la de la heredera usufructuaria; a cuyo fallecimiento habían de pasar los bienes a aquél, sin embargo, su contenido está subordinado a la condición de la sobrevivencia de la misma, y, por consiguiente, declaró no inscribible la escritura de partición otorgada por el Comisario nombrado por el testador, en unión de la usufructuaria y el nudo propietario, en la que se adjudicaba a este último la nuda propiedad, ya que tal adjudicación incondicionada del derecho de propiedad va contra la expresada voluntad del testador, que subordina el paso de los bienes a la condición de qué su heredero viva «*luego que su dicha esposa falleciese*», porque si no se podría perjudicar a los llamados en segundo lugar, que eran los hijos de este heredero nudo propietario, en caso de que los tuviese, y, en caso negativo, a otras personas que se determinabán.

Pues bien: la similitud del caso transcritto con el que estamos viendo es perfecta. Si en aquél había un presunto nudo propietario, que lo sería o no si cumplía la condición de sobrevivencia a la heredera usufructuaria, hay también aquí una nuda propiedad que tiene como titulares a los *hijos* de una señora usufructuaria, a quienes pasarán *por su muerte*; no a los hijos que tuviese en un momento determinado de su existencia—por ejemplo, el de la renuncia del usufructo, acto perfectamente legal y en el cual no nos metemos—, sino a los que tuviese *a su muerte*. Y si esto es así; si ésta es la voluntad del testador—ley de la sucesión—, sin que aparezca por ningún sitio que fuera otra, y si las cláusulas testamentarias han de interpretarse en el sentido literal de sus palabras, ¿qué duda cabe que hay que esperar ese momento como insustituible e indispensable para que puedan surgir en concreto con personalidades individualizadas los que son herederos nudo propietarios y pleno propietarios? Casi nos atrevemos a decir que la nuda propiedad en concreto y la plena propiedad nacen en ese solo y mismo momento; de ahí, quizás, que nuestro distinguido compañero alegase en defensa de su posición «que no existió en ningún momento el derecho real de nuda propiedad a favor de los hijos de la usufructuaria, sino una institución condicional de herederos en plena propiedad, ya que hasta la muerte de aquélla no pasarán los bienes a sus hijos, y la supervivencia de éstos es un hecho absolutamente incierto».

Y esto es así con y sin la condición resolutoria, a nuestra manera de ver. Ella es admisible para salvaguardar, como dijimos, a posibles terceros adquirentes, pero insuficiente—creemos—para resolver el problema, que es entre las partes entre quienes se plantea, haciéndole variar su esencia.

Si se ha de respetar la voluntad del testador, se ha de esperar la muerte de la usufructuaria, sólo en cuyo momento surgirán los herederos pleno propietarios. La condición resolutoria no puede por su virtud adelantar este momento, siquiera la situación resultante de ella no sea una definitiva propiedad, sino una propiedad envuelta en una posible resolución, acumulando, para más, todos sus inconvenientes.

Pero, por otra parte, y desde nuestra manera de ver el problema, creemos inadecuada la condición resolutoria. Pues si condición resolutoria es, siguiendo a Calderón Neira, «un acontecimiento futuro e incierto, al cual por voluntad de las partes se subordina la extinción de un derecho», y si, por otra parte, consideramos como condición indispensable para la extinción de un derecho, su preexistencia tanto quiere decir al utilizarla en el caso examinado como que se presupuso ya la existencia del derecho de plena propiedad en los hijos de la usufructuaria existentes al tiempo de la renuncia, desentendiéndose de la voluntad del testador; pues en otro caso, si no se hubiera partido de su preexistencia, no se les hubiera ocurrido señalar una posible causa de su extinción. Y como con esta preexistencia precisamente es con la que no estamos conformes, de aquí que consideremos inadecuada la condición resolutoria.

En definitiva, suscribimos la posición del compañero al calificar, salvando yo personalmente el criterio de la Dirección, como ya hice constar.

Tomo, por último, buena nota del comentario que sobre esta interesante Resolución, y con el acierto de siempre, hace el distinguido compañero señor Cánovas Coutiño, en el número 190 de esta Revista, correspondiente al mes de marzo de 1944.

GERMÁN DELGADO JARILLO.  
Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

SOBRE CONSULTA REFERENTE AL NUEVO REGLAMENTO NOTARIAL EN  
CUANTO AL ÍNDICE ALFABÉTICO DE OTORGANTES.

*Resolución de 20 de enero de 1945. «B. O.» de 31 de enero.*

En consulta formulada por D. Rafael Azpitarte, Notario de Granada, por las dudas que respecto al indicado índice le sugiere el último inciso del párrafo tercero del artículo 284 de dicho Reglamento, la Dirección ha acordado lo siguiente:

1.º Que no obstante haber entrado en vigor el nuevo Reglamento Notarial el día 15 de julio próximo pasado, el índice alfabético correspondiente al año 1944 ha de ser total, ya que la formación de uno parcial no tendría realmente eficacia.

2.º Dicho índice tendrá tres casillas: la primera expresará el nombre y apellidos del otorgante; la segunda, el objeto del instrumento, y la tercera, el número del folio correspondiente, extendiéndose un asiento por cada otorgante. En los casos de representación legal o voluntaria no se incluirá en el índice al compareciente, sino al representado o parte interesada en el instrumento de que se trate. Las Sociedades, Fundaciones y Corporaciones se alfabetizarán por su razón social o denominación.

3.º Dentro de cada letra del índice no es imprescindible, aunque sí aconsejable, que se conserve un riguroso orden alfabético. Los apellidos que se inicien con artículo o partícula prepositiva se indicarán en la letra correspondiente prescindiendo de éstos.

4.º En las actas se tendrá en cuenta el nombre del requirente.

5.º No es necesaria la indicación del protocolo, bastando la del folio.

6.º El índice alfabético anual deberá estar formalizado para poderlo incorporar al último tomo en el plazo reglamentario de su encuadernación.

**ESCRITURA DE HIPÓTECA EN GARANTÍA DE CUENTA CORRIENTE DE CRÉDITO. ¿ PUEDE VÁLIDAMENTE PACTARSE QUE EN EL CASO DE QUE HAYA DE EJERCITARSE LA ACCIÓN HIPOTECARIA SE PUEDA ACREDITAR EL SALDO DEUDOR POR CERTIFICACIÓN DE LOS DATOS OBRANTES EN LOS LIBROS DE CONTABILIDAD DE LA ENTIDAD ACREDORA ?**

*Resolución de 5 de febrero de 1945. «B. O.» de 27 de febrero.*

Presentada escritura de la referida clase en el Registro de la Propiedad de Murcia—otorgada por un representante del Banco Hispano Americano y determinado deudor—, el Registrador la denegó por no ser admisible el transrito pacto, o sea la fijación del saldo deudor, por medio de la certificación de la entidad acreedora sin intervención o consentimiento del deudor, de conformidad a lo establecido en los artículos 1.255 y 1.256 del Código civil y Resolución de 21 de marzo de 1917. También consignó en su nota el expresado funcionario los defectos de falta de capacidad del representante de la entidad bancaria, que fué subsanado; y el de no ser válido en las hipotecas de que se trata—si bien no obsta a su inscripción—el pacto de ejecución por el procedimiento sumario que regulan los artículos 1.31 y siguientes de la Ley Hipotecaria, que fué aceptado o no impugnado por la entidad interesada.

Promovido recurso en cuanto al pacto del encabezamiento, la Dirección, en notable Resolución, que encierra la novedad de poner ya en juego la novísima Ley Hipotecaria, declara—con revocación del auto y nota del Registrador—lo siguiente:

Que la hipoteca de máximo en la configuración que ha recibido de la doctrina española aparece como un derecho real de carácter eminentemente accesorio, constituido para asegurar el pago de obligaciones variadísimas y determinadas en sus líneas generales, pero sin garantizar la existencia, exigibilidad, importe y vencimiento de los respectivos créditos.

Que el principio de publicidad o la fe pública del Registro sólo es aplicable en tales supuestos al derecho real de hipoteca, cuya

vigencia y alcance declara y auténtica la inscripción, mientras el derecho de crédito colocado a su amparo vive, se modifica y extingue con sujeción a los preceptos relativos del Derecho civil y mercantil, por todo lo cual es de preferente aplicación al supuesto discutido el artículo 1.256 del Código civil, citado por el Registrador: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.»

Que si bien en esta clase de gravámenes las exigencias del principio de especialidad y determinación resultan atenuadas por la posibilidad de colocar bajo la protección hipotecaria nuevas relaciones jurídicas, de extraer del grupo las ya constituidas, de extinguir las deudas vigentes y de sujetarlas todas a una liquidación compleja, no cabe ampliar estas concesiones hasta el extremo de idear un procedimiento ejecutivo en el que los futuros adquirentes de la finca, los acreedores hipotecarios posteriores y, en general, los terceros interesados quedan sujetos a las declaraciones formuladas por el apoderado de un Banco, cualesquiera que sean su respetabilidad y solvencia, sobre el incumplimiento de obligaciones como las contenidas en los apartados *a), b) y c)* de la cláusula séptima de la escritura calificada, sobre la existencia de efectos mercantiles, protestados o no, que puedan motivar asientos en la cuenta corriente respectiva, sobre el cálculo de costas, perjuicios e intereses y, en fin, sobre todas las responsabilidades que en los procedimientos ejecutivos ordinarios han de ser escrupulosamente apreciadas por la autoridad judicial.

Que, no obstante la fuerza jurídica de los anteriores razonamientos, ha de reconocerse que la Resolución de 16 de junio de 1936 se decidió terminantemente por la licitud del discutido pacto, y que la nueva redacción del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, aprobada por el 1.<sup>o</sup> de la Ley de 30 de diciembre último, declara con toda precisión que «en las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de Crédito debidamente autorizadas, podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo puede acreditarse mediante una certificación de la entidad acreedora, siempre que se notifique judicial o notarialmente al deudor un extracto de la cuenta, y éste no hubiera alegado en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes, error o falsedad».

Que el problema, por lo tanto, aparece en la actualidad resuelto en sentido contrario a la nota recurrida, por tratarse indiscutiblemente de un Banco que puede acogerse al transrito privilegio, y que si bien la *vacatio legis* establecida por la primera disposición adicional de la Ley de Reforma prescribe que la misma ha de entrar en vigor a los seis meses de su publicación, es necesario resolver, en concordancia con los citados preceptos: 1.º, porque el problema planteado por el Registrador de la Propiedad había sido varias veces discutido por los interesados en las inscripciones correspondientes y los alegatos de Notarios y Registradores fueron la causa ocasional de la nueva redacción del artículo 153; 2.º, porque precisamente este carácter de *aclaración* que el precepto reviste permite su aplicación a casos anteriores a su vigencia; 3.º, porque se trata de inscribir, no de hacer efectivas las hipotecas constituidas en esta forma y las dudas sobre las consecuencias jurídicas de este derecho real quedarán desvanecidas, en su día, por la entrada en vigor de la reforma de la Ley, de suerte que el procedimiento ejecutivo no presentará dificultades de ningún género; y 4.º, porque la exposición de motivos de la repetida Ley, después de aludir a las fórmulas que la Dirección General hubo de recusar, señala dos procedimientos para acreditar el saldo: uno, cristalizado en libreta hipotecaria, y otro, de índole potestativa, que únicamente podrá pactarse cuando el acreedor (como en el caso presente) sea una entidad bancaria o establecimiento de crédito.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.  
Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 1945.—Suspensión de plazos en virtud de la Ley de 1 de abril de 1939 y de la de 5 de noviembre de 1940.**

Conformes como están ambas partes en que por la escritura pública de venta el enajenante de la finca que intenta retraerse se reservó el derecho de ejercitarse el retracto, en las condiciones que en ella se especifican, y de acuerdo, asimismo, en lo que toca al momento en que se hizo valer, el problema que a casación se trae, al margen de todas cuestiones que el recurso no reitera ni suscita, se reduce a precisar si la suspensión del plazo de caducidad, acordado por disposiciones del Estado nacional, que en cualquier supuesto deben tenerse presentes en su cómputo, ha de hacerse, como la sentencia impugnada sostiene, con arreglo a las prescripciones de la Ley de 1.<sup>º</sup> de abril de 1939, o, como en instancia se pretendió, manteniéndose esta posición en el recurso, al amparo de las contenidas en la de 5 de noviembre de 1940; por ser obvio que, si se aplica la primera de ellas, el plazo pactado ha de tenerse por afectado de caducidad, al paso que, de atenerse a la segunda, ha de reputarse vivo y subsistente a la fecha de planteamiento de la cuestión.

La sentencia de instancia, para defender su punto de vista según el cual es aquella disposición y no ésta la que debe ponerse en juego para decidir la única cuestión planteada, razona la aplicación de la Ley de 1.<sup>º</sup> de abril de 1939, fundándose sustancialmente en que en ella y por el primero de sus artículos, con una amplitud que no es la del 8.<sup>º</sup> de la de 1940, sólo referente a obligaciones *stricto sensu*, se suspenden con efectos retroactivos los plazos de «prescripción de derechos», condición que inequivocadamente corresponde al de retracto, nunca constitutivo de obligación, aunque las lleve anexas; de lo que parte para afirmar la imposibilidad de aplicar la segunda de dichas leyes, que por ser de excepción y referirse sólo a situaciones excepcionales, de que conoce una jurisdicción que también lo es, no puede extenderse sin violencia a supuestos como el de autos, regulados por el derecho común; a lo que opone el recurso interpuesto en el único de sus motivos, formulado al amparo del número 1.<sup>º</sup> del artículo 1.692 de la Ley Procesal, que el alcance del artículo 8.<sup>º</sup> de la de 1940, inferido de su preámbulo y esclarecido por las decisiones del Tribunal, que en último término, y en uso de su peculiar jurisdicción, las dicta, no está limitado a obligaciones caracterizadas por la nota de exigibilidad, sino que abarca el ejercicio de derechos dimanantes de contratos anteriores al 18 de julio de 1936; sin que la intervención de la jurisdicción ordinaria pueda vedar la aplicación de la norma, puesto que un

examen razonado de sus preceptos pone de relieve que si muchos de ellos, por su especial contextura y finalidad, no consienten esa extensión, algunos, como el invocado precisamente en este caso, la hacen posible incluso cuando se ejercitan acciones que se acomodan al derecho común.

Sin negar la aparente fuerza de convicción de los razonamientos hechos por el Tribunal *a quo*, para llegar por su medio a la conclusión que establece como base de su pronunciamiento absolutorio, no puede perderse de vista que si el artículo 8.<sup>o</sup> de la Ley de 1940 emplea, tal vez confusamente, el término «obligaciones», el vocablo no puede tomarse en su sentido literal ni en aquella acepción restringida que le da la sentencia de instancia; porque a plazos, en general, ya se refieran al ejercicio de derecho, ya al cumplimiento de obligaciones, aluden otros párrafos de ese artículo y del siguiente, sin que haya razón fundamental que aconseje distinto trato, sólo porque las convenciones se concertaran antes o después de la fecha indicada, y todas responden a un propósito único, patentizado por la Exposición de motivos, según la cual la Ley especial se dictó, entre otros que se expresan, «para impedir —porque al legislador no parecía justo dejar de evitarlo—que los plazos contractuales, aun en aquellos casos en que la convención pudiera estimarse perfecta, corriesen durante un tiempo en que «ni el derecho» ni la obligación encontraron modos posibles de efectividad».

A la misma conclusión se llega por obra de un examen comparativo de las dos leyes que contradictoriamente se han traído a capítulo, y por un razonado examen de la estructura de la última aparecida; porque mediante aquél se pone de relieve la inconsecuencia que supondría hacer convivir dos plazos de caducidad para el ejercicio de unos mismos derechos o el cumplimiento de dos idénticas obligaciones, sólo por la circunstancia intrascendente de que hubieren de hacerse valer ante los Tribunales del fuero común o los especiales; aparte de que el mismo artículo 23 de la Ley de 5 de noviembre de 1940, cuando señala, enumerándolas, las disposiciones no afectadas por ella, o el 16, cuando excluye de su ámbito, en lo relativo a préstamos hipotecarios, las normas integrantes de la Ley de 9 de septiembre de 1939, claramente dan a entender que la de 1940, en las materias especialmente previstas; por ella en el ámbito señalado por otro precepto especial anterior, tiene fuerza derogatoria, porque no es de presumir razonablemente que aquellas previsiones legislativas fallasen precisamente cuando se trataba de atender al problema agobiante de los plazos convenidos en contratos que se celebraron antes del Movimiento Nacional que, con diverso alcance temporal, regularon las dos leyes de cuya aplicación se trata en el caso de autos.

En otro aspecto, tampoco tiene fuerza dialéctica el argumento aducido con el apoyo del artículo 26 de la propia Ley especial, que si no impide el ejercicio de las acciones ordinarias, obsta, en cambio, a que ante los Tribunales de fuero común pueda hacerse uso de las especiales, porque la economía y estructura de la Ley de 1940, que ahora se interpreta, obliga a discernir a esos efectos los supuestos en que se ejerciten acciones específicas sobre la base de derogaciones más o menos amplias del derecho común (contratos en general o de prestaciones recíprocas, de suministro y obras, convenios de que se deriven obligaciones personales sin garantía, préstamos de diversas formas, deudas con garantía hipotecaria, impugnación excepcional de testamentos y donaciones *mortis causa*, alteraciones de las normas generales sobre llamamiento de herederos a la sucesión) y aquellas otras en que, ejercitándose accio-

nes ordinarias y susceptibles, por tanto, de hacerse valer ante los organismos jurisdiccionales de ese tipo, es preciso saber si los plazos, convencional o legalmente establecidos para su ejercicio, están o no caducados, pues si a las primeras conviene el precepto que impide a la jurisdicción ordinaria aplicar el régimen transitoriamente establecido para los casos concretos a que se refiere, no hay razón alguna para extenderlo a las segundas, cuya generalidad hace posible que a un mismo criterio puedan y deban acomodarse ambos Tribunales.

Por todo lo expuesto, es de afirmar que la sentencia que en casación se ha combatido, aplicó indebidamente al caso la Ley de 1.<sup>º</sup> de abril de 1939, dejando, en cambio, de aplicar la norma contenida en la de 5 de noviembre de 1940 e infringió, al desestimar con ese fundamento la acción de retracto, el artículo 1.508 del Código civil, que a ella se refiere, con los 1.091 y 1.252 de dicho Código, que proclaman el imperio vinculante para las partes de la Ley del contrato.

#### SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1945.—*Novación.*

Al no aparecer justificado que el acreedor hubiese consentido en la extinción de la obligación a cargo de S. y en su sustitución por otra cosa con entrada de deudor distinto, es obvio que el motivo no puede prosperar, porque, como tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, la novación no se presume (SS. 7-IV-1933; 31-XII-1941), no puede apoyarse en actos equívocos (S. 30-XII-1935), y para que se produzca han de constar de modo cierto el consentimiento del acreedor, prestado con manifiesto propósito de liberar de sus obligaciones al deudor primitivo, haciéndolas recaer sobre el nuevo deudor (S. 27-XII-1932).

#### SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1945.—*Capacidad del testador.*

Si bien la afirmación de la capacidad en el testador que en cumplimiento del artículo 685 del Código civil hace el Notario que autoriza el testamento alcanza el rango de fuerte presunción *juris tantum*, con mayor motivo, si es coincidente con el informe de los facultativos a quienes haya dado intervención en el otorgamiento—momento al cual ha de referirse el requisito de la capacidad—, la expresada adveración puede ser destruida por ulteriores pruebas—cumplidas y convincentes, siendo ello una cuestión de hecho y de la apreciación soberana del Tribunal de instancia—demostrativas de que en aquél acto el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues como tiene establecido la jurisprudencia, la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales de Justicia, no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieran formar el Notario y los testigos sobre la dicha capacidad en el acto del otorgamiento.

#### SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1945.—*Acción civil y penal.—Prescripción e interrupción.*

El motivo segundo, en su alegación más esencial, aparece fundado también en el número 1.<sup>º</sup> del artículo 1.602 de la Ley de Enjuiciamiento civil

por violación del artículo 362 de esta última, y es indudable que, aun prescindiendo de que esta Sala tiene declarado que la infracción del artículo de referencia, sin invocar la de otra disposición de carácter sustantivo, no pue-  
de autorizar la casación en el fondo, apóyase en el actual caso esa supues-  
ta infracción en el supuesto de que no estaba agotada la jurisdicción crimi-  
nal, a causa de que el auto de sobreseimiento que se dictó no menciona ni  
siquiera el hecho que ha sido objeto de valoración en la sentencia civil recu-  
rrida, porque el Tribunal del orden penal no conoció de él, supuesto éste del  
todo inaceptable y que, al fallar, arrastra en su caída toda la argumenta-  
ción del recurrente, ya que es de tener en cuenta: a), que la jurisprudencia  
tiene advertido que basta, para que el procedimiento criminal se deba dar  
por terminado, con que se haya dictado el sobreseimiento provisional de la  
causa; b), que también está definido insistenteamente por la doctrina de esta  
Sala que son distintas e independientes las acciones penales y civiles dirigidas  
a hacer efectivas las respectivas responsabilidades, ya que un mismo  
hecho puede ofrecer aspectos y valoración jurídica diferentes en el orden  
criminal y en el estrictamente civil, y siendo ello así, no cabe exigir, para  
que quede expedita la jurisdicción de los Tribunales civiles, que el juicio  
previo de los Tribunales de lo criminal haya recaído sobre todas las circuns-  
tancias, matices y detalles integrantes del hecho culposo, tal como en definitiva  
los analice y discrimine, en uso de sus perfectas atribuciones, el Juez  
civil; y c), que, en todo caso, el recurrente se limita a alegar que el hecho  
o circunstancia sobre el que ha girado la acción y la condena civil—el del  
retroceso del tren determinante del accidente—no está mencionado en el auto  
de sobreseimiento, sin preocuparse en realidad de probar que la jurisdicción  
criminal haya desconocido ese hecho, el cual, sin duda, está comprendido  
no sólo implícita; sino aun explícitamente, en las actuaciones que en la vía  
penal se practicaron.

Al amparo del número 1.<sup>º</sup> del artículo 1.692 del Ordenamiento procesal, el motivo tercero aduce la violación del artículo 1.968 del Código civil y doctrina jurisprudencial complementaria sobre prescripción de la acción para exigir responsabilidad civil por obligaciones derivadas de culpa extracontrac-  
tual; lo funda el recurrente en que, dictado el auto de sobreseimiento en 25 de octubre de 1935 y presentada la demanda de autos en 23 de octubre de 1936, o sea cuando había transcurrido un año menos un día, se expidió al interesado el exhorto para emplazamiento de la parte demandada tres días después, sin que llegase a efectuarse dicho emplazamiento—a causa de no haber gestionado aquél el diligenciamiento del exhorto—hasta el 17 de noviembre de 1939, de tal modo que, según la parte recurrente, el día que faltaba para la prescripción se rebasó con exorbitante exceso de años al revivir el transcurso del término de ella con la entrega al interesado del exhorto; mas aun cuando fueran exactas las fechas que se señalan, sería insostenible la anterior argumentación y el motivo que en ella se apoya, pues es de observar: a), que, según el artículo 1.973 del Código civil, la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, debiendo entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, que la presentación de la demanda basta para producir dicho efecto siempre que se haga con los requi-  
sitos legales; b), que los plazos de prescripción de las acciones, interrum-  
pidos por la presentación de la demanda, no pueden revivir, según el sentido de la propia doctrina jurisprudencial, sino por la declaración judicial de ja-

caducidad de la instancia; c), que según el artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo se tienen por abandonadas las instancias si el pleito se hallare en primera instancia, cuando no se insiste en su curso durante cuatro años, disponiendo, por otra parte, el artículo 412 de la misma ley que no se producirá la caducidad cuando el pleito hubiere quedado sin curso por fuerza mayor o por cualquier otra causa independiente de la voluntad de los litigantes; d), que en el caso presente, lo que la Sala sentenciadora declara probado es que la demanda se formuló en tiempo hábil para interrumpir la prescripción, con todos los requisitos precisos, y admitida a curso con acuerdo de emplazamiento, sufrió la tramitación del exhorto una paralización forzosa debida a las excepcionales circunstancias por que atravesaba la nación, sin que pueda señalarse acto alguno positivo del actor que pueda interpretarse como abandono de la acción; e), que ese hecho que la Sala sentenciadora admite, de la concurrencia de fuerza mayor, no puede ser desvirtuado en casación ni por la simple negación que del mismo hace el recurrente al sostener que en el caso de autos no hubo ninguna anormalidad, ni tampoco por la mera invocación de las disposiciones contenidas en la Ley de 1<sup>o</sup> de abril de 1939 y Orden del Ministerio de Justicia de 16 de marzo anterior, que se refieren a hipótesis muy distintas; f), que dadas las apreciaciones de la Sala, antes aludidas, y que el recurso no impugna debidamente, ni siquiera hay base para admitir la concurrencia de hecho alguno constitutivo de dolo o fraude procesal en el actor, al que se pudiera y debiera dar la adecuada relevancia y atribuir el pertinente efecto jurídico.

#### SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1945.—*Carga de prueba.*

a) La antigua e insuficiente regla de derecho: *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, está sustituida en la moderna doctrina científica y jurisprudencia, desarrollando la norma contenida en el artículo 1.214 del Código civil por una más perfilada y flexible teoría acerca de la distribución de la carga de la prueba, recogida entre otras muchas sentencias de este Tribunal en las de 3 de junio de 1935, 30 de junio de 1942 y 20 de febrero de 1943, las cuales atribuyen al demandado la prueba de los hechos llamados «impeditivos» y «extintivos». b) Que en el presente caso la contradicción que el recurrente cree advertir no tiene la menor realidad, ya que son perfectamente armónicas las enunciaciones que como antitéticas se señalan. c) Que por virtud de ello, al ser completada la apreciación contenida en los fundamentos tomados de la sentencia de primera instancia, con la que se formula en los fundamentos nuevos de la recurrida, resulta, en definitiva, que el fallo se apoya, no en el juego de la carga de la prueba, sino en una directa apreciación de las probanzas, puesto que, en realidad, la doctrina de *onus probandi* no tiene otro alcance que el de señalar las consecuencias de la falta de prueba.

#### SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1945.—*Legitimación pasiva en la «reivindicación»; transmisión de acciones.*

Si se entiende que el Tribunal, *a quo*, estima legitimada pasivamente la acción esgrimida contra Fabricación de Envases Metálicos, porque en poder de esta entidad se encuentran las acciones en litigio, en virtud del

depósito que en sus Cajas constituyeron los accionistas demandados, se impone apreciar que incide en error; porque el artículo 348 del Código civil, que otorga al propietario de una cosa la acción reivindicatoria contra el tenedor o poseedor de la misma, no establece distinción, a los efectos del ejercicio de dicha acción, entre los términos posesión y tenencia, ni autoriza a entender que esta tenencia sea la del que ejerce la posesión que se atribuye a otro, sino que emplea ambos vocablos con la única finalidad de expresar que la acción amparadora del dominio puede ejercitarse contra toda clase de poseedores, incluso los que sólo ostentan aquel grado inferior de la posesión que no deja de ser posesión verdadera, consistente en la detención o mera tenencia; y de aquí ha de inferirse que demandados en el actual juicio los interesados que se atribuyen el carácter de poseedores de las acciones en concepto de dueños y que tienen, por ende, la *facultad restituendi*, resulta injustificada la pretensión reivindicatoria contra una Sociedad que las tiene en su poder por circunstancias accidentales, en nombre y a disposición de aquéllas.

El fundamento básico que esgrime el Tribunal *a quo*, para no considerar transmitidas a los demandados las acciones en cuestión, radica en que el acuerdo de venta o transmisión adoptado por los Consejeros no tuvo constancia en los libros de la Sociedad, pues no insiste dicho Tribunal en la diferencia a que parece referirse el Juez entre Administradores y Consejeros. El artículo 51 del Código de Comercio reconoce la validez de los contratos mercantiles cualesquiera que sean la forma y la clase a que correspondan; y si bien de esta regla general exceptúa en el artículo 52 los contratos que, con arreglo al mismo Código o a las leyes especiales, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia, entre estos negocios jurídicos formales mercantiles no figura la transmisión de los títulos al portador, ni tampoco exige el nombrado Código, en precepto alguno, como requisito para la eficacia de los acuerdos que adoptan los Consejos de Administración de las Compañías mercantiles el que estos acuerdos tengan constancia en el libro de actas o en los de Contabilidad de la empresa; y si, como ya declaró esta misma Sala, en sentencia de 21 de octubre de 1943, los asientos de estos libros de los comerciantes carecen de sustancia jurídica, es indiscutible que el traspaso de la propiedad no ha de depender de que figuren en ellos la operación de que se trate. Esto admitido, que, por reconocer el Tribunal de instancia que los recurrentes adquirieron las acciones que poseen en virtud de acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de la Sociedad demandante, como este Consejo se hallaba facultado estatutariamente para realizar todos los actos de enajenación permitidos por las leyes, en las condiciones y pactos que tuvieran por conveniente, y según el artículo 545 del Código de Comercio, la transmisión de los efectos al portador se opera por la simple tradición, habrá que conceder a la realizada en el caso del presente juicio todos sus efectos legales, independientemente de la constancia que la operación haya podido tener en los libros de la Sociedad recurrida; sin que sea ocioso consignar que esta falta de requisitos formales apreciada por el Tribunal *a quo* puede ser consecuencia lógica del criterio que Industria Metalgráfica le impuso desde que adquirió las acciones de omitir en sus libros toda referencia a tal adquisición y de mantener en el activo el valor de los terrenos, muy inferior al de aquéllas.

# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de febrero de 1942.*

LOS PRÉSTAMOS OTORGADOS POR LAS CAJAS BENÉFICAS DE AHORRO, SI CONSTAN EN DOCUMENTO AUTORIZADO POR NOTARIO O FUNCIONARIO JUDICIAL O ADMINISTRATIVO, NO ESTÁN COMPRENDIDOS EN LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO A QUE SE REFIERE EL NÚMERO 20 DEL ARTÍCULO 6.<sup>º</sup> DEL REGLAMENTO.

*Antecedentes.*—En escritura otorgada en 21 de agosto de 1940 por el alcalde del Ayuntamiento de Alicante y la representación de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Sureste de España se estipuló la refundición de ciertos créditos recibidos a préstamo de dicha entidad por el Ayuntamiento, y la cancelación de las hipotecas que garantizaban su devolución, y al mismo tiempo se agruparon fincas con declaración de obra nueva y se constituyó una nueva hipoteca por valor de más de dos millones de pesetas.

El documento fué objeto de dos liquidaciones por constitución y cancelación de hipoteca, ambas a nombre del mencionado Ayuntamiento.

El director de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad entabló reclamación contra dichas liquidaciones y alegó: que las Cajas de Ahorros no son establecimientos de crédito con fines especulativos y de lucro, sino que son instituciones benéficosociales; que uno de sus fines, de acuerdo con el artículo 6.<sup>º</sup> de sus Estatutos, es el de hacer posible la función benéficosocial del Monte de Piedad, el cual, conforme al artículo 7.<sup>º</sup> de esos Estatutos, no comprende entre sus

fines el de formalizar préstamos con garantía hipotecaria, operaciones que están reservadas a las Cajas de Ahorros, si bien formando ambas secciones un todo armónico, sin que los Montes de Piedad tengan nunca de hecho personalidad ni vida propia, y por lo tanto, al hablar de Montes de Piedad debe entenderse Cajas de Ahorros y Montes de Piedad, siendo uno mismo el espíritu que las anima, con capital común y sin posibilidad de desintegrar sus funciones; de todo lo cual deduce el director reclamante que si la entidad que él representa otorga un préstamo hipotecario, está comprendida en la exención establecida en el número 20 de los artículos 3.<sup>º</sup> de la Ley y 6.<sup>º</sup> del Reglamento referente a los préstamos personales, pignoráticos o hipotecarios que otorguen o reciban los Bancos Agrícolas, Montes de Piedad y Cajas Raiffeissen, en cuanto concurren los requisitos de la Ley de 4 de junio de 1908, como en el caso concurren, tanto más cuanto que, conforme al artículo 1.<sup>º</sup> del Estatuto para las Cajas Generales de Ahorros, éstas, con Monte de Piedad o sin él, son instituciones benéficosociales, y, según sus artículos 17 y 18, la denominación de Monte de Piedad queda para los establecimientos sostenidos por las Cajas Generales de Ahorro Popular, lo cual implica que la exención debe aplicarse a las Cajas de Ahorros con Monte de Piedad.

En el expediente figuran los Estatutos de la entidad reclamante, y en ellos consta que es institución benéficosocial bajo el protectorado del Ministerio de Trabajo, destinada, en cuanto Caja de Ahorros, a recibir las economías que la confien todas las clases sociales para invertirlas en las operaciones autorizadas en el Estatuto para las Cajas Generales de Ahorro Popular, y en préstamos a los agricultores con garantía de prenda sin desplazamiento; y en cuanto al Monte de Piedad, su fin es, según los mencionados Estatutos de la reclamante, auxiliar económicamente a las clases necesitadas con préstamos a interés módico con garantía prendaria y, en cuanto sea posible, sin desplazamiento de la prenda.

El Tribunal Económico-Administrativo provincial confirmó las liquidaciones impugnadas, fundado en que la exención de que se trata no es aplicable a las Cajas Benéficas de Ahorro y sí solamente a los Montes de Piedad, cuya distinción queda fuera de duda a la vista de las funciones que a una y otra Sección les confieren los Estatutos de la recurrente, en relación con el Estatuto para las

Cajas Generales de Ahorro Popular de 14 de marzo de 1933, el cual atribuye a éstas el otorgamiento de préstamos con garantía hipotecaria como auténticas operaciones bancarias de carácter mercantil, con la finalidad de obtener beneficios destinados al fomento de actividades sociales, benéficas o agrícolas como empleo de tales beneficios; y si bien, a tenor del citado Estatuto de 14 de marzo de 1933, la denominación de Monte de Piedad queda reservada a los establecimientos sostenidos por Cajas de Ahorros, eso no quiere decir que se fundan ambas instituciones y que no conserven sus respectivas individualidades por razón de sus fines peculiares.

El Tribunal Económico-Administrativo Central empieza por referirse al punto no tratado por el provincial, de si tiene o no acción para recurrir la entidad de que se trata, supuesto que aunque las dos liquidaciones impugnadas fueron giradas a nombre del Ayuntamiento, lo cierto es que una era por cancelación y otra por constitución de hipoteca, lo cual significa que en la primera el liberado y adquirente era el Ayuntamiento, y en la segunda era la Caja de Ahorros la que adquiría. Esto supuesto, dice la Resolución que comentamos que en el primer caso el obligado al pago, de acuerdo con el artículo 59 del Reglamento, era el Ayuntamiento, y en su consecuencia, ninguna acción asiste a la Caja de Ahorros para recurrir.

En cuanto a la constitución de hipoteca, dice que aunque fué girada a nombre del Ayuntamiento, no es éste el obligado al pago, según el mismo artículo, sino la que adquirió el derecho de hipoteca, que es la Caja de Ahorros, y por lo mismo no se puede desconocer la acción que le asiste para reclamar contra una liquidación cuyo pago le incumbe.

Entrando en el fondo del asunto, dice el Tribunal que la exención de que se trata es notoriamente inaplicable al caso controvertido, puesto que en los preceptos invocados no se mencionan las Cajas de Ahorros, como era obligado para que la exención los alcanzase. En todo caso, la exención queda fuera de toda posible aplicación teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, lo dispuesto en la Ley de Reforma tributaria de 16 de diciembre de 1940, que su artículo 101 declara sujetos a tributación los préstamos otorgados por las Cajas Benéficas de Ahorros si constan en documento autorizado por Notario o funcionario judicial o administrativo, y esta-

sujeción está recogida en los artículos 2.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup> de la Ley y Reglamento del impuesto, respectivamente, en su apartado LX, párrafo 3.<sup>º</sup>.

El Tribunal abundó después en el razonamiento del provincial y dice que tanto del Estatuto general para las Cajas de Ahorros, como del propio de la recurrente, se deducen claramente que son completamente distintas las funciones de las dos Secciones Caja de Ahorros y Monte de Piedad, ya que aquélla puede hacer préstamos hipotecarios, y la segunda no; esto aparte de que la operación de que se trata está atribuída exclusivamente a la Caja de Ahorros en la escritura de hipoteca, en cuyas estipulaciones se nombra constantemente a la Caja como acreedor hipotecario en el contrato celebrado.

*Comentarios.*—Breves son los que la Resolución de que se trata exige, una vez que la Ley de Reforma tributaria, y con ella el Reglamento del impuesto, sometió a tributación los préstamos otorgados por las Cajas de Ahorros. Después de tal medida legislativa, la cuestión controvertida está fuera de toda duda, a diferencia de lo que antes de su publicación ocurría, puesto que el texto de la exención, igual en el anterior Reglamento y en el vigente, autorizaba a comprender en él, en virtud de la citada Ley de 1908 y del inciso «y demás instituciones análogas», a las Cajas de Ahorros.

A esto puede añadirse que hoy la exención de ese número 20 del artículo 6.<sup>º</sup> del Reglamento ha quedado virtualmente sin eficacia ni posible aplicación en cuanto a los préstamos hipotecarios de los Montes de Piedad, supuesto que éstos, estatutariamente, no pueden hacer préstamos de era naturaleza.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de febrero de 1942.*

#### LA PROMOCIÓN DEL JUICIO VOLUNTARIO DE TÉSTAMENTARÍA INTERRUMPE EL PLAZO PARA LA PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO A LIQUIDACIÓN.

*Antecedentes.*—En 29 de junio de 1934 falleció D. Miguel Rodríguez de Paterna, bajo testamento otorgado en 1926, en el que instituía heredera de todos sus bienes a su madre, doña Josefa Ochoa, en pleno dominio, y si ésta, a su muerte, dejare alguno de esos bienes, heredarían en ellos las hermanas del testador.

El causante contrajo matrimonio, después de otorgado el testamento, con doña Virginia Ayala, la que le sobrevivió y le premurió uno de los citados hermanos, el cual dejó tres hijos.

La madre heredera falleció el 7 de diciembre de 1936, y en 18 de junio de 1935 había promovido el juicio voluntario de testamentaría, que, tramitado sin oposición, terminó por auto de 15 de marzo de 1940, aprobatorio de las operaciones particionales practicadas por el contador testamentario.

En esas operaciones se hacen las correspondientes adjudicaciones a la madre heredera y a la viuda del causante y se manifiesta que las operaciones estaban terminadas antes del Movimiento Nacional y que durante el mismo no se practicó diligencia alguna; pero que ocurrido el fallecimiento de la heredera, doña Josefa Ochoa, el 7 de diciembre de 1936, todo lo adjudicado a ésta debía entenderse adjudicado a los hermanos del causante, como herederos llamados en sustitución de aquélla, cuyas manifestaciones se hacían a los efectos de dejar sentado que se trataba de bienes de los que la heredera no dispuso.

La Oficina liquidadora giró las liquidaciones correspondientes de la siguiente manera: una en plena propiedad y otra en nuda a la madre heredera, y otra en usufructo a la viuda, por su cuota vitalicia, y además entendió que el causante había dispuesto en su testamento una institución fideicomisaria de residuo, según la que los bienes pasaban a los hermanos del causante, a cargo de los que giró las oportunas liquidaciones con arreglo al parentesco que con él les unía.

Todas las liquidaciones las giró con la multa del 30 por 100, por no presentación en plazo.

Esta multa la razonó el Liquidador en un acuerdo, diciendo que no constando la obtención de prórroga y fallecido el causante el 29 de junio de 1934, los seis meses del plazo de presentación expiraron el 28 de diciembre siguiente, sin que lo interrumpiera el juicio voluntario de testamentaría promovido el 18 de junio de 1935, no sólo por estar promovido fuera de ese plazo, sino porque, aunque así no fuera, no lo hubiera interrumpido, puesto que la mera promoción del mismo no produce la suspensión, según el párrafo 3.<sup>o</sup> del artículo 113 del Reglamento, y en todo caso el documento había sido

presentado después de los seis meses de haber quedado firme el auto de aprobación de la partición.

Ante el Tribunal provincial Económico-Administrativo se sostuvo que la liquidación girada a nombre de la madre era improcedente, porque no había llegado a heredar, y en cuanto a la multa, que tampoco procedía su imposición porque el párrafo 3.<sup>º</sup> del artículo 113 del Reglamento no era el aplicable, y sí el 4.<sup>º</sup>, que dispone que el plazo de presentación lo interrumpe la promoción del juicio voluntario de testamentaría.

El Tribunal provincial desestimó la reclamación, estimando pura y simple la institución de heredero hecha a favor de la madre y estimo también que el plazo de presenfación no había sido interrumpido por la prevención del juicio de testamentaría por no haber habido en él oposición y ser aplicable el párrafo 3.<sup>º</sup> del artículo 113 del Reglamento.

La multa impuesta a la madre heredera y a uno de los hermanos del causante que falleció después que éste, la estima improcedente el Tribunal, porque la liquidación se giró después de fallecido, y el artículo 216 del Reglamento no la autoriza en tal caso.

El Tribunal Central declaró válidas las liquidaciones y las confirmó, excepto en lo relativo a multas.

El argumento fundamental esgrimido en contra de la liquidación girada a la madre, consistente en que no había llegado a adquirir ni poseer los bienes por haber fallecido antes de ser aprobado el documento particional, lo desechar ante la sencilla consideración de que, de acuerdo con los artículos 657, 661 y 440 del Código civil, los herederos suceden al causante por el solo hecho de la muerte, y, además, porque, conforme a los artículos 48 y 52 del Reglamento del impuesto, basta, para exigir éste por causa de muerte, que esté acreditado el hecho originario de la transmisión y que los bienes se hallen inscritos en los Registros correspondientes, cualesquiera que sean las fechas en que se formalice el documento particional y aunque no se otorgue.

Respecto a la sustitución, entiende que es aplicable el párrafo 1.<sup>º</sup> del artículo 32, que manda que el impuesto se liquide con arreglo al parentesco entre el sustituto y el causante; y en cuanto a la interrupción del plazo, estima que no es aplicable el apartado 3.<sup>º</sup> del artículo 113, sino el 4.<sup>º</sup>, y dice que el primero se refiere a la preven-

ción del abintestato o del juicio de testamentaría cuando no se forme oposición, mientras que el segundo hace referencia al juicio voluntario propiamente dicho, el cual fué el que en el caso se siguió por todos sus trámites.

El caso es tan claro, que excusa el comentario.

*Resolución del Tribunal Contencioso-Administrativo Central de 17 de marzo de 1942.*

LA LIQUIDACIÓN A TÍTULO ONEROZO DE UNA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA POR LA MISMA ENTIDAD QUE LA CONCEDIÓ, CUYA ADQUISICIÓN SE LLEVA A CABO CON ANTELACIÓN A LA FECHA DE REVERSIÓN, ES LIQUIDABLE POR EL NÚMERO 18 DE LA TARIFA AL 0,50 Y NO COMO CESIÓN DE BIENES INMUEBLES.

*Antecedentes.* — La Diputación provincial de Valencia llevó a cabo en el año 1901 la concesión administrativa de un puente que el concesionario había de construir sin subvención alguna de aquella entidad y solamente a cambio de los derechos de portazgo que el concesionario había de percibir.

En el año 1939 la Diputación provincial acordó rescatar el derecho de explotación de la concesión, anticipando el término de la misma, y valorando el puente y demás derechos dimanantes de ella en 175.000 pesetas, se otorgó la oportuna escritura, la cual, presentada a la Oficina liquidadora por Derechos reales, calificando el acto de cesiones y aplicando el número 14 de la tarifa al 5 por 100.

Esa liquidación fué recurrida por la Diputación provincial, alegando que aunque la concesión administrativa tenga la condición de inmueble, su cesión o enajenación disfruta del tipo beneficioso del 0,50 por 100, con arreglo al artículo 37 del Reglamento, por ser en este caso revertible a la entidad que la concedió, cuyo tipo afecta no solamente a la transmisión de la concesión misma y al derecho a su explotación, sino también a las obras en ejecución o una vez realizadas, y, por lo tanto, el rescate de que se trata debió considerarse como verdadera transmisión de obra ejecutada.

El Tribunal Económico-Administrativo provincial desestimó la reclamación, razonando que la concesión administrativa exige la

concurrencia de la entidad que la otorga y del concesionario, no siendo admisible que esos dos elementos subjetivos se confundan, y, en su consecuencia, no cabe hablar de traspaso de una concesión cuando ésta revierte a la entidad que la otorgó, sea por el transcurso del plazo legal de la misma, sea por incumplimiento por el concesionario de las condiciones pactadas, sea por convenio especial y mediante precio, y por todo ello deduce que se trata de una cesión a título oneroso del derecho a seguir explotando la concesión mediante un precio, que no es el valor de las obras realizadas, sino el del beneficio que se calcula que deja de obtener el concesionario por el tiempo que resta de concesión. El Tribunal Central estima el recurso y revoca el acuerdo del provincial, y después de invocar el texto del citado artículo 37 sobre el tipo beneficioso a los actos de traspaso de las concesiones administrativas, dice que el contrato discutido supone la adquisición por la Diputación Provincial del derecho a la explotación de la concesión y de las obras ejecutadas por los años de duración que restaban de la misma, mediante una compensación económica equivalente a los beneficios que deja de obtener el renunciante, lo que coloca a la Diputación en la misma situación en que estaría un particular que hiciese idéntica adquisición.

*Comentarios.*—La claridad del caso releva del comentario, y nos limitamos a decir que la distinción que hizo el Tribunal provincial sobre la imposibilidad de transmisión de concesión en favor de la entidad otorgante, por probar demasiado no prueba nada, porque esa sutil distinción conduce al absurdo de hacer de peor condición a la entidad otorgante que a cualquier particular que hiciese la misma adquisición, el cual indudablemente le sería aplicable el tipo beneficioso.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ VILLAMIL.

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

## V A R I A

MANUEL DE LA PLAZA: *La casación civil.* «Revista de Derecho Privado».

Una monografía práctica que puede figurar entre las mejores del Derecho procesal español. Por sus desenvolvimientos y estructura; por la lógica con que se lleva el razonamiento; por los profundos conocimientos del autor en materia judicial; por su experiencia como Magistrado del Tribunal Supremo, y por la claridad y elegancia con que maneja el idioma patrio en cuestiones tan abstractas, se destaca el tratado de sus similares y campea muy por encima de los comentarios y trabajos utilizados desde los tiempos de Caravantes y del marqués de Gerona.

Se halla dividido en dos partes: la primera, dedicada a las ideas fundamentales del Instituto de la Casación y a los precedentes y noticias históricas del recurso, nos da en cien páginas cuanto un concienzudo profesional necesita para hacerse cargo del sistema y de sus reformas, sin obligarle a seguir la fatigosa exposición de Calamañdreí, en el primer volumen de la obra que lleva el mismo título y añda cerca de las ochocientas páginas. La parte segunda contiene el estudio de la casación civil española, en diez capítulos: 1.<sup>º</sup> Notas distintivas, formas de recurso y resoluciones susceptibles de casación; 2.<sup>º</sup> Motivos de casación, vicios, *in judicando* e *in procedendo*, rigor formal del recurso y su relación con la sentencia recurrida; 3.<sup>º</sup> Los errores *in judicando*; 4.<sup>º</sup> La teoría de los hechos en casación; 5.<sup>º</sup> Los errores en la constitución y en el desenvolvimiento de la relación procesal; 6.<sup>º</sup> Errores en la fase de decisión; 7.<sup>º</sup> El procedimiento de casación; 8.<sup>º</sup> La fase de admisión; 9.<sup>º</sup> La sustanciación del recurso, y 10.<sup>º</sup> La sentencia de casación y sus efectos.

En verdad, el recurso de casación—como decía hace poco un Magistrado del Tribunal Supremo, siempre preocupado con el problema fundamental de los métodos por nuestra ciencia empleados—es una especie de monstruo paleontológico: un megaterio jurídico. Concepción del siglo XVIII, nacida a la sombra de la división de poderes (legislativo, ejecutivo, judicial), para mantenerlos dentro de sus respectivas órbitas, partía de la intangibilidad de la ley como fuente soberana del Derecho y exponía su sagrada escritura en un altar custodiado por infecundos servidores que ni siquiera podían entrar en el fondo vital de las súplicas elevadas a su diosa.

Con las ideas que Montesquieu puso de moda, el juicio se transformó en un silogismo, donde como premisa mayor había que meter la regla aplicable y como menor el caso disentido, para obtener la conclusión más lógica que justa del pleito. Sobre estos elementos trabajaba el Tribunal de Casación, que tenía como funciones primordiales defender el texto legal (*nomofilaxia*) (1) y uniformar sus interpretaciones (jurisprudencia).

Con el andar del siglo pasado los preceptos específicos de la mecánica procesal adecuada se fueron sobreponiendo al contenido sustantivo de las cuestiones discutidas: el manejo de las llaves y combinaciones de cerrajería para abrir la puerta de casación era el objeto principal de las alegaciones formuladas bajo la rúbrica de *motivos* por los maestros especializados.

De aquí las interminables discusiones sobre la distinción de hecho y derecho, que recuerdan las disquisiciones escolásticas sobre las relaciones entre el alma y el cuerpo, y son totalmente contrarias a la complejidad de la vida y a la integridad de la justicia.

Por otra parte, la centralización de los procedimientos en la sede o capital del Estado retrasa su resolución en términos desproporcionados; los pleitos se eternizan y las sentencias se alejan en el tiempo y en el espacio de la práctica del Derecho. Los gastos y costas se multiplican; la regla jurídica de carácter regional o mercantil no encuentra eco en la conciencia de magistrados, que cada vez se alejan más del mundo de los negocios o del hogar campesino.

El autor se hace cargo de estas degeneraciones y desventajas, y

(1) Calamandrei emplea para designar esta función una palabra italiana que responde a la griega *nomofylakia*; Plaza escribe *nomofilaxia*, y la Real Academia puede que prefiera *nomofilaxis* (custodia de la ley).

acude con entusiasmo a las brechas abiertas en el sistema para defenderlo con armas modernas.

Por ley ya no entiende el precepto promulgado formalmente tras de las discusiones de los Cuerpos Colegisladores, sino los Reglamentos, Decretos y Ordenes, las leyes extranjeras, los casos de prescripción autonómica, la costumbre o usos comerciales, los principios generales de Derecho, la llamada doctrina legal...

La técnica propia de la casación se desestima o abandona, como lo prueba el escaso valor concedido al trámite de admisión y al recurso en interés de la ley, que no ha servido al Ministerio Fiscal para orientar a los letrados en la solución del más insignificante problema civil.

Paulatinamente, el órgano de casación va transformándose en un Tribunal Supremo que tutela, más que la ley, el derecho, y, más que el texto sancionado, la uniformidad jurídica. Ahora que para completar el sistema falta todo el mecanismo de la inspección judicial, las facultades de nombramientos y los poderes disciplinarios.

Al final de su trabajo, el señor Plaza recoge en una docena de conclusiones sus ideales: no debe confundirse el recurso de casación con el de *injusticia*; debe ser atribuido a sólo un Tribunal; cabe la distribución en Salas por razones de jurisdicción; hay que uniformar el procedimiento; se impone la sistematización de los motivos de casación; la frase *infracción de la ley* debe ser sustituida por la de *infracción de normas jurídicas*; será necesario retocar la técnica de los hechos, a fin de fiscalizar la de los errores; reducir el trámite de admisión; abbreviar la marcha lenta del recurso; cuidar la determinación de los efectos de la sentencia de casación, así como dar vitalidad al recurso en interés de la ley, y, en fin, el autor procura por la conservación del sistema con retoques que mejoren su traza.

Con la publicación de este volumen, impecable de fondo, estructura y formato, los letrados españoles, y en especial los Abogados de Madrid, están de enhorabuena.

## Amillaramiento y Registro fiscal (\*)

1902.—JUNTA DE CATASTRO.

La legislación catastral publicada a partir del año 1895, y más especialmente la que con profusión desarrolló en el año 1901 los preceptos de la Ley de 1900, recopilando a su vez la copiosa legislación anterior, no mereció la estimación del Gobierno, por cuanto, al transcurrir un año, por Real decreto de 9 de octubre de 1902 se ordenó la constitución de una Junta de Catastro “para estudiar y proponer los medios más eficaces y procedimiento más rápido y económico de formar, con la precisión y condiciones suficientes, para toda clase de aplicaciones fiscales, económicas y jurídicas, el Catastro parcelario de España.”

1906.—CONSERVACIÓN DEL CATASTRO DE CULTIVOS Y DEL REGISTRO FISCAL.

Con fecha 20 de febrero de 1906 apareció un rezagado Real decreto para establecer la conservación del Catastro por masas de cultivo y calidades de terrenos y de los Registros fiscales de la propiedad Rústica y Pecuaria, al que se acompañaban las instrucciones pertinentes sobre los Registros fiscales. Extraña disposición, cuando ya había emitido su dictamen la Junta de Catastro y estaba a punto de dictarse la correspondiente Ley, que apareció al mes siguiente, en 23 de marzo del año 1906. La exposición de motivos de aquel Real decreto ilustra suficientemente sobre el retraso con que apareció, al afirmar que mientras fueron escasos los Registros fiscales no se sintió la necesidad de iniciar sus conservación.

### *Ideas originales.*

En otro orden de ideas la misma exposición de motivos aseguraba que los Registros fiscales de la propiedad no son otra cosa que un Catastro parcelario literal que ha de transformarse paulatinamente, y a medida que el movimiento y modificaciones de la propiedad lo permitan, en un Catastro parcelario geométrico, en íntima conexión con el Registro de la Propiedad. Este fin, que habrá de realizarse cuando se hallen terminados todos los Registros fiscales del territorio correspondiente a cada uno de los de la propiedad, envuelve la necesidad de organizar una Oficina de conservación de los primeros allí donde se halle establecido otro de los segundos, y como éstos coinciden generalmente

(\*) Véase el número 199 de esta REVISTA.

con los partidos judiciales, será preciso establecer una de dichas Oficinas en cada uno de esos partidos."

#### *Conceptos anticipados.*

Los conceptos expuestos resultaban sorprendentes por cuanto tales afirmaciones no habían aparecido en ninguna de las numerosas disposiciones anteriores, y sólo alcanzaron efectividad legal en la Ley posterior de 23 de marzo de 1906, con lo que se repetía, aunque en sentido inverso, lo ocurrido en los años 1895 y 1900. Entonces unas disposiciones inferiores rectificaron lo que las Leyes ordenaban, y ahora una disposición secundaria, que merece el calificativo de Reglamento anticipado, preveía lo que las Leyes futuras iban a disponer.

#### *Ley de 23 de marzo, "Avance Catastral".*

Como consecuencia del dictamen que, en su día, emitió la Junta del Catastro, se promulgó la Ley de 23 de marzo de 1906 sobre el Catastro parcelario de España, "que tendría por objeto la determinación y representación de la Propiedad Territorial en sus diversos aspectos, con el fin de lograr que sirva eficazmente para todas las aplicaciones económicas, sociales y jurídicas, con especialidad para el equitativo reparto del Impuesto Territorial, y, en cuanto sea posible, para la movilización del valor de la propiedad".

#### *Principios fundamentales.*

Los principios fundamentales que la Ley de 1906 impuso para alcanzar tales fines no variaron en esencia de los contenidos en las Leyes anteriores, especialmente en la del año 1900. Se continuarían los trabajos topográficos a cargo del Instituto Geográfico, hasta obtener las planimetrías de cada término municipal con sus líneas jurisdiccionales y polígonos topográficos determinados por las líneas permanentes del terreno; se refundían los *Registros fiscales de predios rústicos* con el *Catastro de Cultivos y calidades del terreno* bajo la nueva denominación de *Avance Catastral*, sin más alteración que la de deducir las masas de cultivo de las declaraciones de los contribuyentes, relegando su levantamiento topográfico a casos excepcionales; el *Avance Catastral* constituiría un primer período del Catastro parcelario, mediante la descripción *literal* de las parcelas catastrales y enumeración de cultivos, determinación de sus masas y cálculo de beneficios diversos; en el segundo período se llegaría a la representación gráfica de la parcela a través

de la conservación y rectificación progresiva de los Avances Catastrales; las Conservaciones catastrales se establecerían en las localidades donde radicaran los Registros de la Propiedad y, a ser posible, en una misma Oficina, para establecer su correspondencia mediante el flujo y reflujo de las alteraciones en uno y otro Organismo; se darían toda clase de facilidades a la provincia, al Municipio y a los particulares para que pudieran efectuar los trabajos topográficos del Catastro, quedando reservados los agronómicos al personal del Ministerio de Hacienda; se estudiaría la conveniencia de establecer un Centro único para todos los trabajos catastrales, tanto de avance como de conservación y formación progresiva del parcelario; se prohibía la creación de nuevos Cuerpos y Organismos burocráticos a pretexto del Catastro; la Riqueza Pecuaria de labor y granjería quedaría suprimida como base de imposición, y su tributo se sustituiría por un recargo impuesto a la Rústica, distribuido entre las tierras cultivadas y las destinadas a pastos, y, por último, se aumentaban los créditos presupuestados en la cantidad de 1.200.000 pesetas para atender a los gastos del Avance Catastral, del Catastro parcelario y de los Registros fiscales de la Propiedad.

#### *Alcance jurídico.*

En el orden jurídico se darían al Catastro, e incluso a los Avances Catastrales, extraordinarias aplicaciones, debiendo estudiarse por los Ministerios de Gracia y Justicia y Hacienda los medios de crear los títulos reales y definitivos de los predios o parcelas catastrales. Además, transcurridos diez años sin haberse dictado sentencia firme contraria al estado físico o jurídico de una finca inscrita en los libros catastrales, la cédula de inscripción tendría todo el valor *legal y jurídico de un título real*, precepto éste que ha quedado incumplido y mereció severas censuras por parte de eminentes jurisconsultos.

#### *Organos, funciones y personal.*

Aparte de lo expuesto, la Ley de 1906 dió demasiada importancia a los Organismos que habían de efectuar los distintos trabajos y a la función correspondiente a cada Cuerpo y clase de personal que intervenía en los mismos, hasta el extremo que en 20 de sus 50 artículos sólo se habla de Centros, funciones y personal.

*La Ley de 23 de marzo y el dictamen de la Junta de Catastro.*

Dicha Ley de 23 de marzo de 1906 reprodujo fielmente el dicta-

men emitido por la Junta del Catastro, ya que, en síntesis, las únicas alteraciones que introdujo fueron la de sustituir la frase *Registros fiscales de la Propiedad Rústica*, que proponía la Junta, por la de *Avance Catastral del Catastro parcelario*, que resulta más ampulosa e inconcreta que aquélla, y la de introducir los recargos de Pecuaria sobre la Riqueza Rústica, novedad que no existía en el dictamen de la Junta. Fué idea primordial de ésta dar realidad a un Catastro parcelario de plenas aplicaciones fiscales, jurídicas y sociales; pero ante las dificultades derivadas del volumen, coste y plazo de ejecución que precisaba obra de tal envergadura, se limitó a proponer la continuación del Registro fiscal iniciado en el año 1895, para después, sin agobios de tiempo, transformarlo, paulatinamente, en el deseado parcelario jurídicosocial. Este avance precario, que había de evolucionar en forma tan incompleta, sin ilación y deslavazada, no pudo, prácticamente, proporcionar más que aplicaciones fiscales.

#### *Continuidad de doctrina.*

De la forma cómo se cumplió la nueva Ley de 23 de marzo de 1906, darán idea las disposiciones que más tarde se dictaron, debiendo significarse que no precisó disposiciones reglamentarias para su ejecución, por lo que siguieron en vigor las anteriormente dictadas para los Registros fiscales de los predios rústicos, según acordó la Circular de la Dirección General de Contribuciones de 19 de abril de 1906.

#### *Resultados prácticos.*

Desde la fecha en que se implantaron los Registros fiscales hasta la promulgación de la Ley de 1910, que estableció la Contribución por régimen de cuota, se obtuvieron los siguientes resultados, con el detalle que se indica:

AÑOS	Términos municipales	Extensión — Hectáreas	R I Q U E Z A		Aumentos — Pesetas
			Amillarada — Pesetas	Comprobada — Pesetas	
1903... ....	12	55.661	888.176	1.358.908	470.732
1904... ....	53	322.760	3.648.174	6.420.589	2.772.415
1905... ....	53	437.853	5.202.832	9.519.540	4.316.708
1906... ....	52	670.575	4.965.213	10.070.861	5.105.648
1907... ....	75	973.962	13.564.178	27.089.387	13.525.209
1908... ....	118	1.609.360	17.594.096	31.518.895	13.924.799
1909... ....	71	823.993	13.816.054	24.703.839	10.887.789
<b>Totales...</b>	<b>434</b>	<b>4.894.164</b>	<b>59.678.723</b>	<b>110.682.014</b>	<b>51.003.291</b>

## COMENTARIO.

El período iniciado en el año 1895 se caracteriza por la reivindicación, por parte de la Hacienda, de las facultades antes conferidas a los Municipios, sin que, tanto los Registros fiscales del 1900 como los Avances catastrales del 1906, difieran gran cosa de los antiguos Amillaramientos. Sólo se esperaba que, al prescindir de la *perturbadora* actuación de los Ayuntamientos, se imprimiría gran actividad a los trabajos y se alcanzaría la tan deseada perecuación del Impuesto. Pero los resultados obtenidos no estuvieron a tono con los exagerados optimismos y ofrecimientos hechos a través de las sucesivas disposiciones promulgadas, lo que dió lugar a que, en el año 1910, el *Consultor de los Ayuntamientos* emitiera el siguiente interesante juicio, que comprende a la Riqueza Urbana, a la Rústica y a la Pecuaria:

"Tenemos, pues, en la actualidad, los antiguos Amillaramientos, comprensivos de las tres clases de Riqueza Territorial; todos los apéndices anuales; los mismos, refundidos, en muchos Municipios; los Registros fiscales de fincas urbanas y solares y de la Riqueza Rústica, aprobados unos y otros en formación; dos apéndices que se forman en los términos municipales que no han hecho el Registro fiscal, y tres repartimientos distintos cada año. Y así seguiremos por mucho tiempo, a pesar de los trabajos que, desde la publicación de las Leyes de 17 de julio de 1895 y 24 de agosto de 1896, hoy sustituidas por las de 27 de marzo de 1900 y 23 de igual mes de 1906, con sus instrucciones y reglamento, se vienen efectuando para rectificación de los tipos evaluatorios y formación de un Catastro de Cultivos y un Registro fiscal de Predios Rústicos y de Ganadería, porque todas las disposiciones dictadas al objeto más se refieren a movimiento de personal y a variación en los nombres y organización de las Oficinas que a fijar medios para que dichos trabajos lleven una marcha rápida, acertada y uniforme."

CUARTO PERÍODO.—CUPO FIJO Y CUOTA TRIBUTARIA.—AUGE DE LOS TRABAJOS CATASTRALES.

(1910-1921)

*Cupo y cuota.*

Desde el año 1893, el principio de la Contribución por cupo tiende a convertirse en sistema de cuota. La Contribución procura individualizarse, y desaparece el concepto de la solidaridad del contribuyente, que pasa a responder solamente de lo que le sea assignable y exigible por el producto de sus bienes. El régimen de cuota se inicia en el año 1900 para la Riqueza Rústica, aunque de lleno no se entró en él hasta el año 1906. Pero hubo un período transitorio, entre los años 1906 y 1910, en que la cuota no significa mejora para el Estado, quien en 1885 señaló un cupo de 180 millones de pesetas, en el que eran absorbidos los aumentos del Avance Catastral. El Estado no utilizaba, pues, el aumento de Riqueza que iba obteniendo en las comprobaciones de los diversos términos municipales; y así resultó que los propietarios de fincas comprobadas por el Avance Catastral tributaban más, mientras que los propietarios de bienes enclavados en términos sujetos al Amillaramiento veían disminuir su tributo en proporción idéntica a la de los expresados aumentos.

1910.—LEY DE 29 DE DICIEMBRE.

Esta absurda solidaridad entre el cupo y la cuota quiebra en 1910, y, desde entonces, los aumentos que produce el Avance tributan por cuota y por separado del cupo general, del que sólo se deducen los cupos parciales correspondientes a los Municipios comprobados. Al efecto, la Ley de 29 de diciembre de aquel año dispuso que conforme los Municipios tuviesen aprobados sus Avances Catastrales serían eliminados del siguiente repartimiento general, liquidándose la Contribución Rústica a razón de una cuota de 14 por 100 del líquido imponible y causando baja definitiva del cupo general por la cuantía parcial asignada anteriormente a cada uno de ellos.

*Simplificación evaluatoria.*

Aparte de lo expuesto, la nueva Ley autorizó al Ministro de Hacienda para simplificar los métodos de evaluación del líquido imponi-

ble, apareciendo entonces la evaluación sintética a base de la Renta en sustitución del análisis de gastos y productos; limitó las autorizaciones para formar el Catastro parcelario, subsistiendo sólo para el aspecto geométrico, y quedando el evaluatorio exclusivamente a cargo del Estado; quedaron relevados los pueblos de reintegrar los gastos de formación del Avance Catastral; los servicios de conservación podrían organizarse sobre la base de concentrarlos en las capitales de provincia, en vez de radicarlos en las cabezas de partido, y, por último, se reguló la forma en que debían percibir sus remuneraciones los Ayudantes de Brigada del Servicio Catastral.

#### 1911-1913.—DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS.

Como disposiciones complementarias de la citada Ley, merecen consignarse el Real decreto de 5 de enero de 1911, para la formación de los nuevos Repartimientos; el Reglamento de 23 de octubre de 1913, para la ejecución y conservación del Avance Catastral, y las Instrucciones de Servicio dictadas por Real orden de 25 de junio de 1914. La segunda de las disposiciones citadas introdujo, en su artículo 11, la novedad de establecer un croquis a mano alzada para fijar la situación de los linderos de las parcelas y subparcelas catastrales dentro de cada polígono topográfico, y el artículo 10 dispuso, a su vez, que los trabajos topográficos sobre las masas de cultivo, ordenados por la Ley de 23 de marzo de 1906, no se efectuaran más que cuando lo autorizaran expresamente las Jefaturas provinciales.

#### 1917.—INTENSIFICACIÓN DEL AVANCE CATASTRAL.

En el año 1917 se acordó intensificar los trabajos del Avance Catastral, activándolos en forma para que quedaran terminados en un plazo *no mayor de diez años*. Al efecto, la Ley de Autorizaciones de 2 de marzo de aquel año concedió una ampliación de crédito por 5.388.535 pesetas para los trabajos del Ministerio de Hacienda, relativos a la Riqueza Rústica, y otra por 1.246.000 para los servicios del Catastro parcelario a cargo del Instituto Geográfico y Estadístico.

El Real decreto de 3 de marzo de aquel mismo año dispuso que se activaran los trabajos para terminarlos en el mencionado plazo de diez años, y que la ejecución de los mismos se llevara a cabo con arreglo a lo preceptuado en las Leyes de 23 de marzo de 1906 y 29 de diciembre

de 1910, sin perjuicio de crear un personal administrativo auxiliar con arreglo a las reglas de ingreso que se determinaran.

#### *Reorganización de Servicios.*

Por Real decreto de 10 de septiembre del mismo año 1917 se reorganizaron los Servicios Catastrales de la Riqueza Rústica, estableciendo su estructura orgánica y la situación del personal facultativo y auxiliar administrativo, y por Real orden de 28 de noviembre siguiente se convocaron oposiciones para cubrir 540 plazas de Auxiliares Geómetras.

Estos últimos funcionarios tendrían por misión auxiliar a los Ayudantes del Servicio en la rápida caracterización física y jurídica de las parcelas Catastrales, y al mismo tiempo realizarían la abrumadora labor de la recogida de declaraciones; trabajos ambos que son la base de la formación de los Avances Catastrales. Como la obra había de hacerse en diez años, por imperio de la Ley, calculando a 6.000 hectáreas anuales por Geómetra, se precisaban los 540 fijados en la convocatoria para terminar en dicho plazo los 32.000.000 de hectáreas pendientes en aquella fecha. Pero como el número resultaba en apariencia grande y su sostenimiento había de causar grandes gastos al Tesoro público, se dictaban reglas severas para garantizar la ejecución del trabajo y se disponía la temporalidad de los mismos con el fin de que cesaran en sus cargos pasado el plazo de diez años, ya que no se trataba de crear, al amparo de la Ley de Autorizaciones, un Cuerpo con carácter de permanencia, que consumiera por tiempo indefinido una parte no despreciable del Tesoro público. Así decía el preámbulo de la citada Orden de convocatoria, dictándose, en 24 de septiembre de 1918, las normas a que había de ajustarse dicho personal en los trabajos del Catastro.

#### *COMENTARIO.*

El examen de las disposiciones reseñadas acredita que el Ministerio de Hacienda no escatimó esfuerzo ni regateó medios para que los primitivos Registros Fiscales, más tarde Avances Catastrales y, después, simplemente Catastros, tomaran un ritmo acelerado con la esperanza de sustituir en breve plazo aquellos Amillaramientos revisados en 1860 y abandonados a partir de 1895.

El volumen de obra anual que había de realizarse para alcanzar

el plan previsto sería de 3.200.000 hectáreas, repartidas entre los 540 Geómetras, como antes se ha expuesto. No se alcanzó dicha cifra en ninguno de los años sucesivos, y sólo se llegó a 1.227.552 hectáreas de promedio durante los años 1918 a 1925, sin que el trabajo presentara la necesaria continuidad, según se comprueba por el detalle de las siguientes cifras:

AÑOS	Hectáreas.
1918...	490.106
1919...	1.031.725
1920...	939.161
1921...	2.445.795
1922...	1.363.437
1923...	1.853.360
1924...	1.152.446
1925...	544.388

La reorganización de 1917 representa el mayor esfuerzo catastral realizado por el Ministerio de Hacienda, para lo que acudió a medios tan excepcionales como la creación de aquellos 540 Geómetras, aparte de otras importantes ampliaciones en el restante personal; pero los planes y las esperanzas concebidas resultaron fallidos, dado el error fundamental de haber generalizado en forma tan absoluta que todas las comarcas y pueblos españoles habían de someterse a un sistema rígido y uniforme, apto para algunos lugares, pero impropio para la mayoría de ellos por su relativa pobreza y excesiva parcelación.

Las directrices que inspiraron a las sucesivas disposiciones dictadas más tarde por el Ministerio de Hacienda, darán idea de cómo los trabajos catastrales no podían llenar los *inmediatos fines fiscales* que de ellos se pretendía obtener. Y así dijo el ilustre Calvo Sotelo en el año 1925: "... es lo cierto, no obstante, que hasta la fecha no se había logrado el tránsito del régimen de ocultación al de la verdad. Pero los trabajos catastrales marchan con extraordinaria lentitud; tanta, que en cerca de treinta años apenas han abarcado más que una tercera parte de la superficie nacional, y aunque es preciso continuarlos a otros efectos..."