

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXI

Enero 1945

Núm. 200

## Vigencia y eficacia del «Codex juris canonici» en el ordenamiento jurídico español

Al Excmo. Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, Dr. D. Eloy Montero, con respetuosa veneración y afecto de discípulo.

### 1.—EL “CODEX” COMO FUENTE SUPLETORIA EN CATALUÑA.

El interés del tema, objeto de este estudio, se acrecienta entre nosotros por el valor legal que, como fuente supletoria, tiene en la región catalana el antiguo Derecho canónico, derogado por el *Codex* vigente. Bien pronto reaccionaron los juristas regionales al promulgarse este último, llegando a provocar una interpelación en el Senado y una campaña de prensa, en la cual se expusieron pareceres contradictorios, aunque logró imponerse la opinión favorable a la subsistencia del libro VI de la *Decretales* como derecho supletorio (1).

(1) Sobre este tema escribieron: Broca: «Historia del Derecho de Cataluña», etc., 1920; Maspons y Anglasell (F.): «La vigencia del D. Canónico en Cataluña», R. D. Privo., tomo VI, pág. 65 y siguientes; F. I. Evangelista de Montagut: «Lecciones en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Barcelona», 1917, que se pronunciaron por la no vigencia del «Codex», además de la interpelación del diputado Sr. Garriga. La opinión contraria fué sostenida por Solé y Mercadé, «El Debate», 4 y 6 de junio de 1917; Isabel R. D. Priva., tomo V, pág. 257, que está al canonista, D. Dalmacio Iglesias y Tortosa Diego. «Rev. Gral. de Leg. y Jurisp.», «Apéndice» a un artículo extenso sobre el «Codex», tomo XXXVIII, pág. 318.

También tiene fuerza derogatoria la costumbre.

De entre las razones alegadas por Maspolis y Anglasell, que fueron las recogidas en el Dictamen de la Mancomunidad, solamente hemos de destacar para su comentario la que hace depender de la aceptación de los ciudadanos la vigencia de la ley. Así nos asegura que ocurrió siempre en Cataluña, hasta el punto de que, según él, a pesar de la derogación expresa del Derecho canónico por Jaime I y la implantación del Código de Las Siete Partidas, continuó aplicándose aquél y no éstas.

No nos detendremos a examinar la cuestión histórica. Pero si no repugna que con el asentimiento tácito del legislador pueda una ley perder su fuerza obligatoria por falta de aceptación entre la mayor y más sana parte de la población, no puede quedar en principio a merced de las veleidades de ésta sin exponernos a un grave riesgo de subversión. La Ley es ordenamiento de la razón, no conjunto o suma de voluntades y emana del encargado o dirigente de la sociedad, no de la pluralidad de los componentes principalmente en las llamadas sociedades necesarias y perfectas. La tendencia contractualista de Derecho público, latente en el fondo de esa argumentación, puede tener un sentido recto y ortodoxo (1), pero en muchos autores bordea los límites del naturalismo político roussoniano (2), y, mejor aún, liberal, porque los modernos tratadistas de Derecho político dan otra interpretación a la voluntad general de Rousseau (3).

El Papa Alejandro VII condenó acertadamente esta proposición: El pueblo no peca, aunque, sin ninguna causa, rechace la ley promulgada por el príncipe (4).

A pesar de estas observaciones, hoy no puede prevalecer el *Codex* como ley civil supletoria en el régimen foral de Cataluña, sobre todo después de las declaraciones coincidentes de la Mancomunidad y el Gobierno español

(1) Covaquis: «Inst. J. P. Eccl.» Isl I, págs. 63-73, ed. 1872.

(2) Ferreres: «Theolog. Moralis», od. I, núm. 167; Cocchi (Guidos): Comu-in C. J. C., que hace la salvedad de admitir una respetuosa súplica del Episcopado, aunque, si el Papa insiste, ha de cumplirse; Eloy Montero: «Derecho Canónico Comparado», pág. 130, y Postins: «Derechi Canónico aplicado a España».

(3) Posada: «Derecho político»..... y Ruiz del Castillo: «Manual de Derecho Político.»

(4) Citado por Ferreres, l. c.

## 2.—AMPLITUD DE LA MATERIA.

Breves líneas hemos dedicado al apartado anterior por su escasa actualidad. Tiene, a lo sumo, un interés histórico y es además un problema resuelto.

Una sencilla enumeración de los puntos de contacto entre ambos ordenamientos jurídicos, canónico y civil aplicables en nuestra Patria a unos mismos sujetos, súbditos como católicos de las dos supremas potestades, nos bastará para comprender la amplitud y complejidad del enunciado. Ambos, en efecto, regulan en sus respectivas esferas las cuestiones referentes a las personas físicas y morales o jurídicas, su capacidad patrimonial y procesal, la institución de la familia y el matrimonio, el estado de las personas físicas, la sucesión testamentaria, la referente a patronatos, beneficios, eclesiásticos, obras pías. Añádase las relaciones en materia de inmunidad eclesiástica, las apelaciones de las sentencias pronunciadas por el Tribunal de la Rota española, los problemas de tributación, los que puede plantear la calificación de capacidad a efectos de inscripción, conforme a la Ley Hipotecaria, y múltiples otros que quedan sin enumerar, y serán objeto de estudio separado.

Viene a complicar y dificultar la solución de este tema la evolución de nuestra situación política con la trascendencia obligada en la legislación, así la que desenvuelve principios de Derecho público como la que aborda aspectos de Derecho privado, sin aclarar, en ninguno o muy pocos de los preceptos contradictorios, cuáles se consideran vigentes entre los anteriores no expresamente derogados. Y con ello se da margen a ciertas teorizaciones de algunos juristas que consideran vigente la Constitución de 1931 (1). Unase a todo esto la delicada cuestión de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, tan estrechamente enlazada con ésta (2), y se comprenderá que la trascendencia de cuanto vamos tratando impida despachar brevemente este arduo asunto, diciendo sencillamente, como lo hace alguna obra que ha tenido cierta aceptación, que nos encontramos en una situación semejante a la de 1930, época de la Monarquía (3).

(1) Serrano: «El Fuero del Trabajo», 1939, pág. 23.

(2) Manuel López Lezón, *Rv. D. Priv.*, 1928, pág. 373; Isabel I. C. y otros autores de que se hará mención más tarde.

(3) 'Sumario de la Iglesia y la Acción Católica', 1941, pág. 1.130. Además

Queremos hacer una declaración previa, retractando cuanto pudiera rozar con los sanos principios de la fe católica y protestando nuestra sincera y respetuosa sumisión al criterio de la autoridad en todo cuanto hayamos de escribir a lo largo de este modesto trabajo.

#### LA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS Y EL PROBLEMA DEL "LEGE FERENDA"

En principio, nadie puede discutir a un Estado católico su derecho y, podríamos añadir, su deber de reconocer efectos civiles a las leyes de la Iglesia. Motivos de prudencia política, atendidas las circunstancias particulares de la sociedad, pueden aconsejar una abstención y eximir de esa obligación a la autoridad temporal para evitar posibles conflictos sociales (1). No siempre lo mejor es viable. Tal es la naturaleza humana como la de ciertas sociedades, aun nominalmente cristianas, que oponen viva resistencia al suave imperio de la ley de Cristo. Y este factor ha de tenerlo en cuenta el gobernante y el político para ajustar a él su conducta práctica, pese al criterio personal como católico.

Reconocida la jerarquía de los fines y la consiguiente primacía de la Iglesia, correspondiente a la superioridad del fin que persigue, sería un honroso servicio prestado a la Religión y a la Patria la concesión de vigencia y eficacia civil a las normas emanadas de la autoridad eclesiástica. Poner a disposición de ésta los medios coactivos, a que, en cuanto sociedad perfecta, tiene derecho, si bien por su espíritu de piedad, en lugar de proveerse ella misma, prefiere recibirlas de los poderes terrenos, no es ninguna extralimitación por parte del Estado, puesto que utiliza y emplea tales medios con la anuencia, en el nombre y bajo la dirección de la Iglesia. De entre los dos aspectos, positivo y negativo, del deber del Estado en orden a la Religión, es este que acabamos de expresar uno de los más importantes para el que se profese católico, ya considerando a la sociedad como ser moral en sus relaciones con Dios, o bien se atienda al mismo derecho de los ciudadanos, en cuanto seres racionales, a que aquél, lejos de estorbar la consecución de su felicidad formada o suma, coopere y le preste cuantos medios tiene para obtenerla en toda su plenitud.

de no estar muy pensada esta opinión, roza poco con el tema que tratamos, y que, como se verá, era ya entonces objeto de viva discusión.

(1) Cavagnes, I. c., pág. 318, vol. 1.º, ed. 1882.

Brillantemente resume estos principios la luminosa encíclica *Immortale Dei* en estas palabras: "Así que, estando, como está, naturalmente instituida la sociedad civil para la prosperidad de la cosa pública, preciso es que no excluya este bien principal y máximo; de donde nacerá que, bien lejos de crear obstáculos, provea oportunamente, cuanto esté de su parte, toda comodidad a los ciudadanos para que logren y alcancen aquel bien sumo e incommutable que, naturalmente, desean. Y ¿qué medio hay cómodo y oportuno de que echar mano con ese intento, que sea tan eficaz y excelente como el de procurar la observancia santa e inviolable de la verdadera religión, cuyo oficio consiste en unir al hombre con Dios?... No obstante—dice más adelante—, a veces acontece que por necesidad de los tiempos pueda convenir otro género de concordia que asegure la paz y libertad de ambos, por ejemplo, cuando los gobiernos y el Pontífice Romano se avengan sobre alguna cosa particular. En estos casos, hartas pruebas tiene dadas la Iglesia de su bondad maternal, llevada tan lejos como le ha sido posible la indulgencia y la facilidad de acomodamiento."

Es, pues, un deber del Estado confesional ese amplio reconocimiento de eficacia a la legislación canónica, que, sin embargo, podrá atemperar en cada caso a la realidad social y política del momento.

Mas hecha esta clara manifestación, será necesario tener en cuenta que toda la eficacia *civil* (1) de las normas de la Iglesia emana del poder temporal, el cual, por el contrario, nada puede hacer en orden a la vigencia canónica de aquélla. Importa muchísimo separar y precisar bien estos dos matices de la cuestión por los múltiples equívocos a que se presta. Y adelantamos nuestro criterio de que ese reconocimiento al Estado en orden a la incorporación de la ley canónica a su propio ordenamiento no tiene para nosotros el significado y alcance de concederle el menor poder indirecto sobre lo espiritual (2). Es, según se desprende de lo dicho, un mero auxilio prestado a la Iglesia en su calidad de brazo secular. Ni siquiera nos atrevemos a darle la consideración de representante, porque entonces habríamos de admitir

(1) Villada: «Razón y Fe», tomo LI, pág. 385; Cavagnes en contra, tomo II pág. 253.

(2) Eybel: «Introducción del Derecho eccl. católico», libro II, cap. II,

cierta participación activa en materias sobre las cuales únicamente puede ser ejecutor.

Entramos así de lleno en el examen de la teoría regalista, que, por lo que a nuestro propósito interesa, se concreta en el *Régimen Executatur*. Como nuestro propósito se limita a las leyes de carácter disciplinar, si bien no falten en el *CodeX* definiciones dogmáticas, podemos dispensarnos una refutación de los extremismos de Van Espén, que lo consideraba necesario para la validez de las fórmulas dogmáticas, no del dogma (1). Bien se ve que, así entendido, ataca en su más delicada fibra a la Iglesia. No por ello dejamos de reconocer que las otras interpretaciones de nuestros regalistas, considerándole como "un derecho inherente a la misma soberanía" (2), como un remedio preventivo o de tuición frente a posibles abusos por parte de las leyes eclesiásticas (3), como un mero requisito formal de presentación o un simple permiso de la autoridad civil para divulgación y cumplimiento de algunos documentos de la Santa Sede procediendo una mera inspección externa del documento por concesión expresa costumbre expresa de la Iglesia (4), todas ellas envuelven un ataque injusto, en mayor o menor grado, a la independencia de la Iglesia.

No puede considerarse una justificación de este abuso, llevado a extremos inconcebibles como el de Nápoles que exigía el asentimiento regio para la deposición testifical de los seglares ante el Tribunal eclesiástico (5), la mayor o menor antigüedad. La prescripción no puede invocarse en nuestro caso frente a derechos de origen divino. Aunque de acuerdo con la tesis de Walter (6), y más aún de Eloy Montero en este extremo (7), frente a la posición de Stokmans (8), los demás regalistas ya citados, no insistiremos en el argumento histórico.

Tenemos bastante con las reiteradas condenaciones de los Pontífices.

(1) Van Espén: «De Promulgatione-legum Eccl.», pág. 5, c. 2, 1, citado por Cavagnes.

(2) Aguirre (Joaquín): «Disciplina eclesiástica general y particular de España», tomo I, tít. 1.º, sec. 2.º, III, pág. 46, ed. 1871.

(3) Eybel, l. c., tomado de Aguirre, nota 1.ª, pág. 47.

(4) Villada, l. c.

(5) Spenni Giussepe: «Instituzioni de diritto canonico universale», citado de Cavagnes.

(6) Walter: «Manual de Derecho eclesiástico», libro I.

(7) Eloy Montero: «Derecho canónico comparado», pág. 364.

(8) Stokmans: «De iure beltarum».

fices, desde la de Martín V, constitución *Quod antidota* (2 Kal mayo 1418), contra el *Exequatur* episcopal, hasta Pío IX y sus sucesores, para reprobar la práctica y la teoría de tan odiosa institución, vejatoria para la Iglesia, aunque no siempre la intención de sus patrocinadores tuviera ese espíritu persecutorio (1).

Una faceta de esta teoría, aunque ya hoy apenas si tiene un interés histórico, es la exigencia por parte de sus defensores, de que la promulgación de las leyes canónicas, a efectos de validez, habrá de hacerse en cada nación. El tantas veces mencionado Aguirre la defiende con tenacidad (2); Ferreres dice certeramente que es un hilo más en la trama sutil como tela de araña con que se pretende aprisionar a la Iglesia y reducirla a servidumbre (3). La constitución *Promulgandi* de Pío X, 29 septiembre 1908, ha quitado toda posibilidad de discusión a los doctrinarios inspirados en las doctrinas romanistas. Por lo demás, ni el Papa ni sus leyes pueden considerarse extranjeros ni extraterritoriales en ningún país. La soberanía del primero y la ordenación de las relaciones de los fieles entre sí y con la jerarquía, efecto propio de la segunda, en nada se opone ni merma la soberanía política del Poder civil, de la misma manera que dicha jurisdicción po-

(1) El valor de estas condenaciones y reprobaciones pontificias respecto a los diversos errores contenidos en las proposiciones condenadas, dependen mucho de la intención y fórmulas expresadas en los documentos. Respecto a los Concilios, la doctrina común entre los teólogos es que la infalibilidad no se extiende a las frases incidentales ni a los capítulos, sino únicamente a los cánones formulados en sentido estricto. Respecto al importantísimo documento, el *Syllabus*, se discute entre los teólogos si puede contarse entre las definiciones solemnes *ex catedra* o no. Hacemos esta advertencia a fin de acotar un poco el alcance de las condenaciones reiteradas del «*Fase Regio*». Personalmente, preferimos la tesis de los que están por la definición pontifical, con las consecuencias de la misma; pero no se puede, a nuestro juicio, censurar a los que en el momento actual no aceptan la doctrina como definida. Sobre estos puntos puede consultarse Jiménez Fernández: «*Instituciones de la Iglesia Católica*», vol. I, y los teólogos Wylmen, Cand. Marsella: «*De Religione et ecclesia*», pág. 605, núms. 794 y 822, núm. 1.052, nota 1; «*The True And False Infallibilit-Defessle*», contrario a considerarlo como definición al *Syllabus*; Schrader: «*Teología*», pág. 136; «*Etudes Religionses...* C. mai, août, septembre, 1875, y mars, mai, 1876; «*La Civilità Catolica*», 1.º, sab, di ottobre, 1875, más un Diccionario de Tol. Catol.

(2) Aguirre, l. c., pág. 41.

(3) Ferreres: «*Instituciones canónicas*», lib. I, título I, cap. II, art. 2.º

lítica deja intactos el derecho de propiedad en todo el conjunto de facultades dominicales sobre las distintas parcelas del territorio por parte de los ciudadanos (1). Con lo dicho nos parece completamente fijada nuestra posición perfectamente ortodoxa y claramente determinada la cuestión de principios. De conformidad con ello creemos de suma conveniencia y, aún nos atreveríamos a decir, de necesidad que, a semejanza de lo establecido en los concordatos de Polonia, 10 de febrero de 1925; Lituania, 27 septiembre de 1927; Baviera, 24 marzo de 1934, y del Gran Reich Alemán, 20 de julio de 1933, se hiciera una declaración concordada que pusiera fin a estas cuestiones y a los no pequeños problemas que en torno a ella surgen". Se reconoce de modo expreso y preciso el valor jurídico—tomamos este resumen de Eloy Montero—de las normas canónicas en la administración del patrimonio eclesiástico, dentro del ámbito de las leyes generales vigentes, siempre que no estén en contradicción con las leyes civiles y con exclusión de toda ingerencia por parte del Estado.

Se reconoce igualmente a la Iglesia el derecho de dar leyes que obliguen a sus fieles en la esfera de su competencia, o sea en el campo espiritual, y a esas leyes y ordenanzas dadas por la Iglesia se le concede eficacia en cuanto a los preceptos civiles, incluso cuando lleven consigo consecuencias jurídicas y patrimoniales distintas de las espirituales.

Se añade que las cuestiones relativas a personas físicas y morales y a cosas eclesiásticas, no tratadas en el concordato, serán reguladas por el Derecho canónico vigente, lo cual equivale a derogar todas las Leyes civiles en materia eclesiástica, debiéndose aplicar el Derecho canónico. Además, se compromete el Estado a no legislar en lo sucesivo sobre materias que caigan dentro del campo eclesiástico, pero sin determinar el significado preciso de ese campo (2).

(1) L. c., núm. 264, pág. 160. Recuerda la constitución «accepimus», de Clemente XI, 11 enero, 1715, condenando, entre otras, como herética una proposición, en la que consideraba como leyes dadas en ajeno territorio a las pontificias. Maroto: «Instituciones of. canonici», lib. I, cap. I, art. 1.º, número 189, pág. 197. Cocchi (Guido): «Comm. J. Cam.», lib. I, núm. 51, cap. V, admite que los Obispos pueden dirigir al Papa una reverente súplica para que no se aplique una ley universal y, entretanto, ésta quedaría en suspenso; pero si aquél insiste, habrá que cumplirla.

## ESTADO DE LA CUESTIÓN

La doctrina hasta ahora expuesta es la misma que expresa la Real Cédula de Felipe II al incorporar a nuestra legislación los derechos y disposiciones del Concilio de Trento (1). De haber estado inspirado en el mismo criterio el Decreto de 19 de mayo de 1919 concediendo el paso al *Codex*, la cuestión estaba resuelta, por lo menos para la época anterior al 14 de abril de 1931.

Tratamos no de principios doctrinales, cuya influencia reconocemos sin vacilación, sino del aspecto positivo, de derecho positivo. Y aun reducida a estos términos, el problema no admite una solución simplista y fácil. Hay en el *Codex*, junto a los cánones disciplinarios, otros muchos principios dogmáticos y multitud de expresiones no jurídicas que indican deseos, recomendaciones, alabanzas más propias de los libros litúrgicos o ascéticos que de un Código. No es que repugne en sí la imposición de tales normas preferentemente espirituales a la autoridad civil en el sentido que llevamos dicho, pero, en realidad, para nada rozan con nuestro ordenamiento jurídico y puede prescindirse de ellas.

Se impone, pues, aceptando en algún modo la distinción de Torrubiano Ripoll (2), tratar la vigencia del *Codex* considerado en su totalidad como ordenamiento general de la Iglesia católica y aquellas otras partes que directamente o de un modo indirecto regulan instituciones paralelas o afines a las de la Ley civil. Aunque los términos "vigencia" y "eficacia" tengan cierta analogía, creemos que algunas de las instituciones carentes de la primera, no dejan de tener eficacia principalmente en orden a la capacidad de las personas jurídicas y también en orden al derecho sucesorio.

Estudiaremos por separado la vigencia del *Codex* en su totalidad y en cada una de las partes de mayor interés al principio enumeradas.

(1) Novísima Recopilación, ley 13, tif. I, lib. I.

(2) Torrubiano Ripoll (Jaime): «Valor civil del Código canónico», *Rev. D. Priv.*, tomo X, pág. 65.

## LA TOTALIDAD DEL "CODEX"

Encontramos sumamente difícil poder demostrar la vigencia del *Codex*, así considerado. La O. del 10 de marzo de 1941 asegura en su preámbulo que "fué incorporado a la legislación española por R. D. de 19 de marzo de 1919". Indirectamente parece corroborar esta afirmación del eminent canonista, ilustre decano de la Facultad de Derecho y muy venerado maestro nuestro Excmo. Sr. D. Eloy Montero, cuando, reiterando en la edición de 1943 de su "Derecho público eclesiástico" las palabras escritas en 1934, dice que el sistema de dar validez y eficacia al Derecho canónico es el que ha prevalecido en España (1), aunque probablemente no tenga la frase el alcance riguroso de admitir la vigencia Postius, a quien hemos advertido ciertas vacilaciones sobre este punto, incluye al *Codex* entre las leyes concordadas a la base precisamente del famoso *pase regio* (2). El P. Villada, a vuelta de algunas sutilezas e interpretaciones quizá excesivamente elásticas y subjetivas, también admitía la vigencia, no sólo fundándose en el *pase regio*, sino principalmente en el artículo 43 del Concordato de 1851 (3). Campos y Pulido no trata expresamente del tema, pero su opinión se desprende de otros lugares de sus obras, principalmente cuando se trata del valor del decreto *Máxima Cura*, inclinándose también por la tesis afirmativa (4). Pueden asimismo incluirse entre los partidarios de la vigencia, por lo menos al tiempo de promulgarse, los ya citados autores Dalmacio Iglesias, Solé y Mercadé y Tortosa (D. Diego).

La opinión negativa la sostuvieron Torrubiano Ripoll (5), el senador Sr. Garriga (6), Maspons Anglasell (7), y la defiende el civilista Sr. Castán (8), fundándose este último en que un Real decreto

(1) Eloy Montero: «Derecho canónico comparado», ed. 1934, tomo I, parte 2.<sup>a</sup>, pág. 389, y «Derecho público eclesiástico», 1943, parte 2.<sup>a</sup>, tít. II, capítulo IV, pág. 349.

(2) Postius: «Derecho canónico aplicado a España», pág. 331, núms. 4, 9.

(3) Villada, *l. c.*

(4) Campos y Pulido: «Legislación y Jurisprudencia canónica», tomo III, pág. 364 y «Rev. Gral. Leg. y Jurisp.», tomo CXXXVIII, págs. 515-550.

(5) Torrubiano Ripoll, *l. c.*

(6) Garriga: «Discurso en el Senado», 24 mayo 1918.

(7) Maspons y Anglasell, *l. c.*

no puede considerarse bastante para dar fuerza de ley a un Código. Este criterio prevaleció en la Resp. del 20 de diciembre de 1930, según la cual tampoco puede admitirse que asunto de tal gravedad, capacidad de los religiosos, sea objeto de innovaciones y cambios radicales por el simple hecho de que se haya concedido el pase al *Codex Juris Canonici*. Súmase a esta tesis Covián, que escribe estas palabras: "El *Codex* no deroga otras disposiciones que las canónicas, únicas a que vino a reemplazar, y en nada afecta a las civiles, pues para esto no bastaría el *Exequatur*, sino que se requeriría una ley debida a los poderes establecidos por la Constitución" (1).

La vigencia pudo tener ciertos visos de probabilidad con anterioridad a la República; actualmente, sin embargo, parece desprovista de fuerza tal opinión. A partir del convenio de 1941 entre la Santa Sede y el Gobierno español, ha de considerarse inexistente nuestro viejo Concordato. Mal puede apoyarse en la máxima jurídica de la santidad de un pacto bilateral que el nuevo Estado respeta por obligar igualmente a las altas partes contratantes (2), pues esta generosa protesta, de nobilísima intención, queda claramente derogada por el apartado 9 del Convenio, en el cual el Gobierno declara que solamente se compromete a observar los cuatro primeros artículos del Concordato de 1851.

Ciertamente que esta derogación tácita plantea complejos problemas, sobre todo en cuanto a su extensión en virtud de la llamada *vis inertis* de la Ley no expresamente derogada, como ocurre en el sistema inglés, el de nuestras recopilaciones y el de Derecho romano (D. 1-3-28) (3). Mas la conducta y el pensamiento de la Santa Sede son terminantemente en pro de la abolición. La Circular de la Nunciatura Apostólica de 30 de diciembre de 1942 aduce como fundamento en favor de cuanto venimos diciendo la supresión del presupuesto de Culto y Clero por la República, y añade: "No es obligatorio el concurso para canonjías, debiendo considerarse sin vigor tanto las disposiciones del Concordato como las leyes particulares que le exigían y queda vigente el Derecho común" (4).

(1) Covián: «R. G. Leg. y Juris.», tomo CXXXVII, pág. 8 y siguientes.

(2) Ley 2 febrero 1939, preámbulo.

(3) Federico de Castro: «Derecho civil de España», vol. I, parte 5.<sup>a</sup>, cap. III, 53, pág. 543, nota, 4.<sup>a</sup>

(4) B. Of. del Obispado de Madrid-Alcalá, 1942, pág. 15.

La violación, grave e ilícita, por parte del Estado español, el cambio profundo de circunstancias políticas y hasta casi podía añadirse la misma personal moral con el cambio de régimen son bastante motivo para que haya cesado dicho Concordato. Así opina también el sabio canonista citado Eloy Montero (1).

¿Pero el Real Decreto de 1919 concedió tal vigencia al *Codex*? Tratándose de una ley positiva o, mejor una norma positiva, habrá que atender a la letra y al espíritu de la disposición, para ver si efectivamente en el pensamiento del legislador o los términos del Decreto podemos encontrar su alcance y valor. Este es el camino rectamente señalado, tanto por Torrubiano como por Villada, para dar solución al problema. Y no hay otro, aunque a su término nos hayamos de encontrar con un resultado que nos repugne por injusto. Tal creemos que es nuestro caso.

En efecto, de la propia redacción del Decreto se desprende que no pretende incorporar a nuestra legislación todo el Código canónico. Emplea una forma distinta de la que usó al conceder el *pase* al Decreto *Ne temere* y al *Máxima Cura*. En el primero se concedía el *pase* "a fin de que se cumpla y aplique como ley del Reino", y variando algo de redacción, se decía en el segundo "quedando incorporado a la legislación eclesiástica de España, con cuyo objeto se insertará íntegro a continuación, a fin de que surta todos sus efectos y obtenga la observación debida (2).

¿Ha sido un descuido de redacción? ¿Refleja un pensamiento meditado del legislador, propósito claro y definido de limitarse a conceder un simple permiso para la divulgación de un documento pontificio? De primera intención, el alcance parecía ser mayor, si atendemos a las propias palabras de Romanones, autor del Decreto, aunque no lleve su firma, quien contestando al diputado Sr. Seoane afirmó que seguiría "igual tramitación que la que se dió en 1908 al Decreto *Ne temere* y en 1910 al *Máxima Cura*. Se enviará, pues, al Consejo de Estado, que lo examinará; después, al Consejo de Ministros, y, cuando esté aprobado por el Consejo de Ministros, se publicará en la *Gaceta* como ley. Pero en 24 de mayo, en respuesta a la interpellación del senador Sr. Garriga, apuntando una concepción regalista

(1) Eloy Montero: «Derecho público eclesiástico», 1943, pág. 516.

(2) *Boletín del Congreso de Diputados*, 1919, pág. 1000.

y en contradicción con las frases transcritas, decía: "Además, se plantea con esto una cuestión, y ésta sí que puede ser más delicada, que es el alcance que esta modificación del Derecho canónico puede tener en España, mientras entre ambas potestades no se llegue a un acuerdo...; por el momento basta afirmar que no olvidaremos lo que constituye la esencia de las regalías de la Corona" (1).

Como reconoce Villada, el criterio dominante en las esferas gubernamentales de entonces parece que era reducir el *Codex* a una ley puramente canónica.

Injusto o no—para nosotros lo es, naturalmente—, el hecho es ése y a él ha de atenerse el intérprete de toda norma positiva. Por muy amplio que se quiera establecer el concepto de la ley concordada, nos parece excesivo, disintiendo en esto de Postius, dar ese valor al *pase* concedido al *Codex*, ya que no se trata de una forma expresa ni equivalente. Además, ni fué oficialmente traducido, porque no estaban aún permitidas las traducciones, ni fué insertado en la *Gaceta*, ni se ajustó a ninguno de los trámites ordinarios, obligatorios para la promulgación de las leyes, cualquiera que sea su clase, conforme al artículo 1.<sup>º</sup> del Código civil en que vino a sustituir la ley de 1837 y Real Decreto de 1851, interpretadas por la Real Orden de 22 de mayo de 1891 y las Sentencias Cont. de 22 de junio de 1910 y 28 de septiembre de 1918 (2).

Si el Decreto de 1919 se ajusta o no a la pragmática de Carlos III, aparte del alcance de ésta, no lo hemos de estudiar aquí. La injusticia del *pase* regio no creemos que consista en que, a base de él, adquiera vigencia civil una ley de la Iglesia, salvo la molestia que supone someter a la censura o juicio del Poder civil el examen de las disposiciones canónicas, hay que insistir en que la competencia en ese orden de cosas corresponde al Estado. Las fórmulas pueden variar; el principio, no. Puede ser decreto de incorporación, una ley, o simplemente la costumbre, la pauta de dar esa vigencia; pero el otorgarla, siempre depende del encargado del Gobierno de los pueblos. Lo odioso y vejatorio del *pase* está precisamente en arrogarse con él facultades propias de la Iglesia, pretendiendo exigirle para los efectos canónicos, es

(1) Cita de Torrubiano, 1. c.

(2) Federico de Castro, 1. c., pág. 536.

decir, la regulación de las relaciones de los fieles entre sí y con la jerarquía (1).

No nos hacemos cargo del argumento de Maspons y Anglasell, apoyado en las mismas palabras de la constitución *Providentissima mater*, por la que fué promulgada el *Codex*, según las cuales parece deducirse el propósito de la Iglesia de limitar el alcance de aquél a la esfera de lo espiritual, reduciéndole a una ley interna de la misma. "Mas estas leyes y preceptos tanto tuvieron por objeto el régimen sapientísimo del clero y pueblo cristiano, como, según atestigua la historia, proveyeron de modo maravilloso al cuidado y utilidad civil." Creemos que no es razón bastante, y deja sin resolver la cuestión, pues una cosa es que en los actuales momentos la Iglesia, concentrándose en sí misma, no quiera ordenar directamente en materia civil, y otra que sus cánones carezcan de esa fuerza.

MÁXIMO PALOMAR.

Presbítero.

(1) Cavagnes, l. c., pág. 253, vol. II, ed. 1906. Rechaza la interpretación más benigna del *pase*, «nempe actus Ecclesiae eo saltem indispere pro effectibus civilibus obtinendis, cum de his materis agitur quæ adesdem effectus ordinantur». Con ello no se opone a la tesis sustentada por nosotros, que estudiamos la cuestión de hecho, no de derecho, y, además, tratamos del «*Codex*» como ley general, aunque, en otros aspectos, como se verá más adelante, varíe nuestro criterio, ajustándose a la doctrina de este célebre autor.

## Breves consideraciones acerca de la reciente e importante reforma de la Ley Hipotecaria

Para este rápido examen de la reciente reforma hipotecaria, sólo nos detendremos en aquellos artículos de la misma que consideramos pueden tener más interés. Para ello seguiremos el examen de su articulado y, por esto, el primer artículo en que hemos de fijarnos es el 11 de la nueva Ley, en el que se contiene la importante declaración de que la sola expresión del aplazamiento del precio no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice su efectividad con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria expresa. Con esta modificación es preciso, por tanto, para que el tercero respete el precio aplazado, que éste se asegure con hipoteca o se pacte que tal aplazamiento constituye una condición resolutoria del contrato, importante novedad de gran interés, pues da una mayor seguridad y claridad al crédito territorial.

Constituye un importante cambio la limitación que ahora se establece en el párrafo segundo del artículo 14 de la Ley aprobada, al no conceder más que anotación preventiva—y no inscripción—al derecho hereditario y sólo cuando se trate de heredero único bastará el título de la sucesión (testamento, contrato sucesorio o declaración judicial de herederos abintestato), con los documentos complementarios para inscribir directamente a favor del heredero, más que el derecho hereditario, todos los bienes y derechos de que era titular el causante.

Importante también es la reforma que contiene el artículo 15; pero para evitar resulte demasiado extenso este artículo y, por otra parte, como parece va a ser estudiado y tratado más detenida y profundamente por otras personas, especialistas en esa materia, no nos detendremos en su examen en estos breves comentarios. Quizá también influye—lo confesamos—que sea esa una cuestión y modo de resolverla por la que no nos sentimos atraídos.

Después de volver a establecer el primer párrafo del artículo 20 el requisito de la previa inscripción del otorgante, amplía la excepción de este requisito a otras personas, además de los Albaceas, como son los

mandatarios, representantes, liquidadores y demás personas que con carácter temporal actúan como órganos de representación, excepción justificada, pues todas esas personas no son más que medios para llevar a efecto la inscripción a favor de las personas con las que contratan en nombre de esos mandantes o representados.

La importantísima excepción contenida en el párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley, todavía hoy vigente, es objeto de un nuevo artículo, el 352, excepción del mayor interés, pues bien sabido es la necesidad de la misma, que facilitaba y abarataba grandemente la inmatriculación de las fincas, sobre todo de la pequeña propiedad, de tal modo, que puede asegurarse constituye una parte destacada de los ingresos de los Registros de entrada y mucho más se reforzaron tales ingresos después de la anterior reforma de ese párrafo, de cuyo satisfactorio resultado se siente satisfecho el firmante de estas líneas, porque colaboró, aunque muy modestamente, en aquella reforma.

El artículo 23 contiene la novísima declaración de que el simple hecho de poseer no podrá ser objeto de inmatriculación registral. En unas palabras: queda suprimida o prohibida la inscripción de la posesión que desde la implantación de nuestro sistema registral se ha venido practicando como título supletorio. Ciertamente que, en la práctica, después de la anterior reforma del citado artículo 20, han disminuido mucho esta clase de instrucciones por informaciones posesorias. Es muy de tener en cuenta la disposición transitoria cuarta, de la que resulta no se puede ya *iniciar* informaciones posesorias una vez publicada esta Ley.

Al artículo 24 se le hace preceder de un párrafo que realmente hemos de reconocer supone una evolución muy satisfactoria y vigorosa del principio de publicidad de nuestro régimen hipotecario. Dice este párrafo, o más bien comienza ahora el artículo 24, declarando terminantemente que "a todos los efectos legales se presumirá que todo derecho real inscrito en el Registro existe—principio de la "fides pública"—y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento registral respectivo".

Sabido es que el principio de publicidad es el de mayor arraigo y significación en el desarrollo de todos los sistemas inmobiliarios, por lo que estimamos se da un notable reforzamiento al nuestro con la declaración con que se inicia la nueva redacción del artículo 24 antes transcrita, puesto que proclama que todo derecho real inscrito existe

y pertenece a su titular: consideramos que el establecimiento de tal principio constituye un gran avance en el sistema español. Ciertamente que es una declaración "juris tantum" de gran importancia procesal y de aspecto positivo.

Del mismo modo, el artículo 25 viene a consignar que el Registro es exacto y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud.

El artículo 29 queda profundamente modificado, de tal modo, que los derechos reales han de inscribirse, en adelante, separada y especialmente si es que se desea surtan efectos contra tercero. Por cierto que en este nuevo artículo se declara ya *expresamente* la existencia en nuestro sistema inmobiliario del antes citado principio de la "fides publica", tan expresamente, que se le nombra con sus propias palabras: "*La fe pública registral* no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial".

En el artículo 32 se expresa el concepto de lo que se entiende por inexactitud del Registro, diciendo que es la discordancia que existe entre éste y la realidad jurídica extraregistral. De modo que esa discordancia es la que resulta entre la situación jurídica que aparece en el Registro y la extraregistral unida a la realidad física, que aparece, por tanto, fuera del Registro.

El artículo 33 es nuevo y señala el procedimiento para la rectificación del Registro, que cuando haya de tramitarse judicialmente se sustanciará por los trámites del juicio declarativo.

El que hasta ahora era el artículo 33 pasa a formar el primer párrafo del 34 con la misma redacción.

Dicho artículo 34 ha quedado redactado como sigue: "La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del titular inscrito se presume siempre mientras no se pruebe lo contrario. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente."

Comparada la nueva redacción de este artículo 34 con la anterior, se observa que ha quedado muy reducido, a pesar de haberle agregado

íntegramente, como se ha hecho, el artículo 33 de la Ley hasta ahora vigente, constituyendo en el nuevo artículo la primera parte del primer párrafo del mismo. Tal reducción la estimamos acertada, sobre todo, porque ha limpiado a dicho artículo de preceptos que, incluso, por su contenido no sustantivo y sí de procedimiento, debían desaparecer de él.

Se mantiene en el segundo párrafo de este artículo 34, pero con nueva redacción, el principio de la *fe pública registral* que reputa como exacto el contenido del Registro en interés del tercero, puesto que el derecho hipotecario debe ser afirmador de la seguridad del tráfico jurídico, de garantía, y en este sentido se hace necesario, incluso, que la seguridad de ese tráfico o del crédito sea superior o prevalezca sobre otras consideraciones jurídicas, de tal modo que si ese principio de que se mantenga sobre todo la seguridad del tráfico, lo que ocurre legalmente, por ejemplo, en el crédito o tráfico cambiario para dar así completa firmeza y confianza a las operaciones mercantiles respaldadas o representadas por letras de cambio, parece obligado que con mayor motivo debe establecerse y respetarse ese mismo principio superior en el tráfico jurídico inmobiliario, puesto que en este caso el crédito está fundado o representado en documentos y actos mucho más solemnes y cuidados, ya que son intervenidos por funcionarios competentes y especialmente nombrados para dar solemnidad y garantía en esta clase de negocios jurídicos.

Por tanto, juega aquí la "fides publica" al reputar como exacto el Registro en interés del tercero, no ya con el carácter relativo de presunción "juris tantum", sino con el *absoluto* de presunción "juris et de jure", o sea, que viene a contener los dos principios de esa publicidad: el *positivo* en cuanto a que el Registro es exacto y el *negativo* respecto a que el Registro no sólo contiene esa realidad, sino que la *agota*, puesto que nada existe o hay en la realidad fuera de lo que se contiene o se declara a través del Registro, aunque no alcanza, naturalmente, a otros extremos como son los datos físicos de medida, extensión, etc. Esto evidencia la necesidad de llegar al paralelismo entre el Registro, Catastro o Amillaramiento, cosa fácil de lograr, en principio, llevando las altas y bajas de las fincas en el Registro.

Se introduce, sin embargo, en este artículo, como se habrá observado, la importante y delicada novedad y exigencia de que el adquirente lo sea de "buena fe", es decir, que la "fides pública" del Registro

tiene su excepción emanada o ya de la *mala fe* del adquirente, o de otro asiento del Registro. Ahora bien, al mismo tiempo, se atenúa esa exigencia de la buena fe por parte del adquirente al proclamarse también en el siguiente párrafo (el cuarto) de este artículo, que la buena fe del titular inscrito se presume siempre, declaración, por tanto, "juris tantum" establecida para colocar, en principio, en situación favorable, claro es, al título inscrito, declaración que consideramos muy necesaria y conveniente dado lo delicado, repetimos, que resulta la introducción de la exigencia de tal requisito de la buena fe en el adquirente para que se encuentre protegido por el principio de la legitimación registral. Sabido es las discusiones, pleitos y jurisprudencia que se han producido alrededor de la buena fe o no del adquirente.

También es nuevo en su redacción y hasta en su contenido, pues declara que: "A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción y se presumirá que aquél ha poseído, pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe, durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa".

Por tanto, establece este artículo que la inscripción será justo título para prescribir en favor del titular inscrito, con la presunción para éste de que ha poseído pacífica e ininterrumpidamente y de buena fe, no sólo durante el tiempo de vigencia de su inscripción, sino que también se agrega a esa posesión la de sus antecesores.

Del mismo modo es también nueva la redacción y contenido del artículo 36 que dice: "Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

b) Siempre que no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho en el tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. De afectar la prescripción a una servidumbre negativa o no aparente, cuando ésta puede usucipirse, el plazo de un año anteriormente referido se contará desde que

el titular pudo conocer su existencia en la forma expresada, o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito si éste no la interrumpe en la forma y plazos antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.

En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil."

Por el examen del artículo 36 que hemos transscrito queda declarado que contra los terceros del artículo 34, sólo puede prevalecer la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, pero dándose, además, los dos supuestos antes reseñados, o sea, a) que el adquirente conoció *antes* de perfeccionar su adquisición que la finca estaba poseída, a título de dueño, por persona distinta de su transmitente, y b) que aunque no haya conocido esa posesión al tiempo de su adquisición, la consienta durante todo el año siguiente a su adquisición.

Claro es que la prescripción que puede perjudicar al titular inscrito no es la ordinaria (artículo 1.949 del Código civil), sino sólo la extraordinaria de treinta años (artículo 1.959 del mismo Código). Pero, además, es preciso que conociera esa posesión de hecho o, si no la conocía, que la consienta dentro del año siguiente a su adquisición.

Ciertamente que el ideal hubiera sido haber declarado terminante la imprescriptibilidad de los derechos inscritos, como uno de los principios fundamentales de nuestro sistema, pero ya que aún no se han decidido esta vez por tan absoluta declaración, sin embargo, debemos reconocer que se ha dado un gran paso también a favor de la protección de los bienes o derechos inscritos, como fácilmente se puede apreciar, por lo que acabamos de indicar, del examen de esos dos importantes artículos citados, 35 y 36.

Para no hacer demasiado extenso este comentario, no nos detenemos en la última parte del artículo 36 y también saltamos la nueva redacción del artículo 37, indicando sólo que en él vienen a refundirse los artículos 36 y 37 de la Ley modificada, con la diferencia de que se amplía el plazo para entablar la acción rescisoria a cuatro años

en vez de un año, sin duda, por analogía con lo dispuesto en el Código civil en su artículo 1.299.

Y con esto vamos a entrar quizá en una de las partes más importantes de la reciente reforma, o sea, en la nueva redacción del artículo 41, que estimamos es de la mayor trascendencia. Comenzaremos por insertarlo a continuación: "Artículo 41. Las acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios inscritos podrán ejercitarse mediante un proceso de ejecución contra todos los que no inscribieron sus títulos y se opongan al derecho o perturben su ejercicio, siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.

El Juzgado, a instancia del titular, adoptará las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere.

A la persona o personas designadas por el propio titular como causantes del despojo o perturbación, se las emplazará para que en el plazo de seis días puedan personarse en autos.

Si comparecieren, prestarán caución adecuada para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas, y, verificado, se les concederá un plazo de diez días para formular demanda de contradicción.

En caso de incumplimiento o de no cumplir con lo dispuesto en el párrafo anterior, se dictará auto acordando la práctica de cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito.

La demanda de contradicción se sustanciará con arreglo al artículo 749 y siguientes del título III, libro II de la ley de Enjuiciamiento civil. Sólo podrá fundarse en cualesquiera de las causas siguientes:

Primera.—Falsedad de la certificación registral y emisión en ella de derechos o condiciones inscritas o constantes en el Registro, que desvirtúen la acción ejercitada.

Segunda.—Poseer el opositor la finca o disfrutar el derecho disputado por contrato u otra relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito según el artículo 36.

Tercera.—Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del opositor.

Cuarta.—No ser la finca inscrita la que realmente posea el opositor.

Cualquiera otra alegación se reservará para el juicio declaratorio que corresponda, sin producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece este artículo.

Si el titular registral no contesta la demanda de contradicción, se dictará auto teniéndole por desistido del proceso de ejecución y por renunciante a la acción real ejercitada, sin perjuicio de poderla ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

Las sentencias dictadas en estos procesos no producirán excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho en las partes para promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión."

Creo que basta con la lectura del primer párrafo de este artículo para darnos cuenta de la eficacia que se pretende dar a las inscripciones, creando, incluso, para ello, un procedimiento judicial rápido.

En efecto, comienza declarando este artículo 41 el carácter de *ejecutivas* de las acciones reales procedentes de los derechos inscritos (parece que quiere guardar analogía con las sentencias firmes) contra todos los que no inscribieren sus títulos y se opongan al derecho inscrito o perturben su ejercicio. De modo que, en principio, el titular inscrito puede pedir *se ejecuten* (contra todos los que no inscribieron) las acciones que le competen como tal titular, por ejemplo, contra aquel que posea de hecho, ya que, por otro lado, en la última parte del párrafo primero del artículo 24, se declara que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales, tiene la posesión de los mismos, o sea, se establece una presunción de posesión a favor del titular inscrito.

Para dar efectividad a tales acciones reales a favor del titular registral, se crea en la reciente Ley un procedimiento rápido y adecuado, análogo al incidental de la Ley de Enjuiciamiento civil, en el que hasta se tasan o limitan las causas en que podrá fundarse el opositor, por ejemplo, poseedor o perturbador del ejercicio del derecho inscrito, causas que no citamos, porque ya quedan transcritas, pero que estimamos un acierto dada la rapidez del procedimiento, puesto que, de lo contrario, hubiera perdido eficacia si no hubieran concretado y limitado las causas en que pueda fundarse el opositor.

El acierto de haber establecido un procedimiento rápido y adecuado para la efectividad del artículo 41, así como el haber tasado o li-

mitado en ese especial procedimiento las causas de oposición que puedan alegarse contra el titular inscrito, resulta hasta necesario, con sólo tener en cuenta que uno de los defectos de nuestra Ley Hipotecaria fué la carencia de procedimientos adecuados para dar efectividad a alguno de sus preceptos fundamentales, sino que había de recurrirse a la Ley de Enjuiciamiento civil, y ello nos lo evidencia el magnífico resultado que ha dado en la práctica la creación de un procedimiento especial establecido en el artículo 131 para dar efectividad a la ejecución del crédito hipotecario, y sabido es que, en ese caso, también se limitan en el artículo 132 las causas por las que se puede suspender ese procedimiento, no habiendo sin duda otras razones para limitar o tasar tales causas, sino la necesidad de dar seguridades al crédito territorial, y esto exige la mayor rapidez y garantía para los derechos inscritos, o sea, la mayor eficacia del principio de legitimación registral.

De las cuatro causas que sólo puede alegar el opositor al titular, estimamos que la más frecuente podrá ser la segunda, sobre todo la posesión, pero téngase en cuenta que únicamente podrá prosperar cuando ésta se deba perjudicar al titular inscrito, es decir, si fuere una posesión *extraordinaria*, pero limitada o condicionada, además, a los requisitos que se establecen en los dos supuestos del artículo 36 de esta Ley.

Examinado en conjunto el procedimiento especial y rápido que se crea para proteger los derechos y acciones del titular inscrito, si bien en la forma es la misma que la de la tramitación de los incidentes, sin embargo, en el fondo se contiene el procedimiento rápido de un interdicto.

Cualquiera otra alegación fuera de las cuatro antes citadas, será reservada para el juicio declarativo que corresponda sin suspender ni entorpecer el procedimiento especial de este artículo.

Pero todavía el contenido de este artículo va más allá, con el fin, sin duda, de procurar siempre la plena eficacia de los derechos inscritos y evitar que, con dilaciones provocadas por el opositor, resulte luego ineficaz la sentencia que en ese procedimiento rápido pudiera recaer a favor del titular inscrito. Para ello dispone este artículo que, no solamente el Juzgado, a instancia del titular *adoptará las medidas* que fueren necesarias para asegurar, en todo caso, el cumplimiento de la sentencia que recayere, sino que, además, se exigirá al opositor o cau-

sante del despojo o perturbación que *preste caución* adecuada para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas.

Dados los términos claros y precisos de este artículo y las declaraciones terminantes que contiene, repetimos, representa un gran avance de beneficiosos efectos para la seguridad del que contrate confiado en los libros del Registro, todo lo cual ha de redundar en una mayor garantía para el tráfico jurídico inmobiliario, uno de los fines principales que movieron a aquellos inolvidables juristas para la implantación de un sistema de publicidad inmobiliaria registral. Esperamos que la realidad, con el tiempo, vaya confirmado el acierto de este nuevo artículo 41, de tal modo, que le estimamos como uno de los más básicos de la reforma.

El artículo 115 simplifica y aclara el anterior artículo 95 de la Ley modificada al disponer que para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme el artículo anterior (el 114) el acreedor podrá exigir del deudor la ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados, pero esta ampliación no perjudicará, en ningún caso, los derechos reales insertos con anterioridad.

Con relación a las hipotecas voluntarias se establecen bastantes modificaciones; de las que señalaremos las más salientes para no hacer demasiado extenso este artículo.

Se agrega un segundo párrafo al artículo 129 de la Ley para dar entrada en ésta al procedimiento ejecutivo extrajudicial del crédito hipotecario, si bien sus trámites se fijarán en el Reglamento. Sabido es que hasta ahora este procedimiento no estaba reconocido en la Ley y sí sólo en el Reglamento hipotecario.

Se modifica en alguna de sus partes el procedimiento judicial sumario y así exige ahora la firma de Letrado en el escrito iniciando ese procedimiento, firma que antes no era necesaria, lo que estimamos nos parecía más adecuado, no comprendiendo o alcanzando cuál podrá haber sido la causa de tal exigencia.

Se ha de señalar en ese escrito la cantidad exacta que por todos los conceptos se reclame.

Al artículo 138 se le da una nueva redacción, haciendo la declaración de que la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad ilimitada del deudor

que establece el artículo 1.911 del Código civil, aunque admite también ese artículo pueda pactarse que la obligación garantizada se haga efectiva sólo sobre los bienes hipotecados. Consideramos de mucho interés esta declaración legal, pues queda expresamente determinada la responsabilidad ilimitada del deudor hipotecario, a no ser que se pacte lo contrario. Alcanza aún mayor interés y actualidad este artículo al recordar nosotros una Ley del año 39 reduciendo los créditos hipotecarios en el mismo importe del daño que, por la guerra, haya sufrido la finca hipotecada, a cuyo amparo los deudores entendieron que también quedaba reducida, no sólo su responsabilidad hipotecaria, sino también la obligación garantizada, y, por tanto, no cabía reclamarla en su integridad y hacerla así efectiva en otros bienes del deudor, criterio que, incluso, llegaron a amparar algunos Juzgados con sus resoluciones.

En el artículo 139, después de establecer que las hipotecas voluntarias se pueden constituir por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, agrega que la aceptación del acreedor se hará constar por nota marginal, pero si transcurren dos meses sin hacer constar esa aceptación, se cancelará la hipoteca a petición del dueño de la finca, todo lo cual constituye también una novedad en nuestra legislación.

Las hipotecas de máxima en garantías de cuentas corrientes se las da una mayor elasticidad, puesto que se suprime el plazo de duración de tres años como tope. Al mismo tiempo, recogiendo sin duda una práctica bancaria, se admite que pueda acreditarse el saldo reclamable (en vez del que aparezca en la libreta de ejemplares duplicados) por una certificación expedida por la Entidad acreedora, si bien cumplirá esa certificación con determinadas garantías o requisitos. Nos parece muy lógica y acertada esta reforma, puesto que los libros de esa clase de entidades bancarias se llevan con las máximas garantías.

Estimamos muy acertada esta reforma, pero es lástima no se haya aprovechado también esta modificación para admitir esa misma clase de hipotecas en garantía de letras de cambio, tan frecuentes en la vida bancaria y sin más exigencia al vencimiento de esos efectos mercantiles que el deudor hipotecario apareciera siempre como firmante u obligado cambiario, ya directo (como aceptante) o indirecto (librador, endosante, etc.) en los efectos mercantiles asegurados con dicha hipoteca. Indudablemente, con tales hipotecas se hubiera facilitado el desarrollo de las conocidas en la vida bancaria con el nombre "hipotecas

de superposición de garantías", cada vez más frecuentes, llamadas así porque nacen después de la operación mercantil del descuento de esas letras y vienen tales hipotecas a reforzar el cumplimiento del pago de esos efectos.

Con el artículo 156 se regulan legalmente las hipotecas con garantía de rentas o prestaciones periódicas, lo que realmente constituye ese reconocimiento legal una novedad en nuestra legislación hipotecaria.

Se sustituye la denominación del título XIII por la del epígrafe "De la concordancia del Registro y la realidad", y con este motivo se trata en el articulado de ese título de poner en concordancia el Registro (o realidad jurídica) con la realidad jurídica extraregistral (que es, además, realidad física) mediante la inmatriculación de fincas ya por un expediente de dominio, ya mediante el título público de su adquisición, completado por acta de notoriedad, cuando aquél no contenga acreditado de modo fehaciente el título dispositivo del transmitente. Es muy interesante que por primera vez se hable de ese paralelismo entre el Registro y la realidad, pues ello será un motivo más y, desde luego, el punto de partida, para que sirva de apoyo a lograr que el alza y baja de las fincas se lleve en los Registros de la Propiedad, como ya recomendaba la Ley del Catastro de 1906. Está claro esta necesidad, que será el único medio para lograr tal paralelismo, y hasta resulta incomprendible que en el Registro se inscriba el documento para luego tenerle que llevar a otra parte para la simple mecánica de dar de baja y alta a las fincas, cuando lo más rápido, cómodo y eficaz para los interesados y el propio interés público sería hacerlo todo en la misma oficina y precisamente en la que se quiere y es necesario conservar ese paralelismo jurídico y físico. Con ello, además, no se haría otra cosa sino volver a lo que ya indicaba la reforma del Catastro por la Ley de 1906.

La reanudación del trámite sucesivo interrumpido se verificará mediante acta de notoriedad o expediente de dominio.

Las actas de notoriedad se las da entrada en esta reforma ya comprendidas antes en el Reglamento notarial, pero las tramitadas con arreglo a la nueva Ley hipotecaria, se han de remitir, además, al Juzgado de Primera Instancia para su resolución, el que si fuera conforme con lo actuado, lo comunicará así al Notario para su protocolización: creemos ha debido evitarse esa dualidad de funcionarios.

Se modifica la tramitación de los expedientes de dominio, dándose mayor rapidez a su tramitación, necesidad que era muy sentida en la práctica, y que, por tanto, también será muy bien recibida.

Se modifica la tramitación de los expedientes de liberación de cargas, tramitándose en los Juzgados de Primera Instancia donde radiquen los bienes, pudiendo comparecer el titular de la finca o derecho sin necesidad de valerse de abogado ni de Procurador. También no sólo se altera profundamente la tramitación de estos expedientes, sino que se procura darles una mayor rapidez, y de todos es conocido los beneficios que ha de reportar limpiar al Registro de tantas cargas y gravámenes prescritos que, a sabiendas de que no tenían virtualidad alguna, sin embargo, habían de arrastrarse en las sucesivas inscripciones por transmisiones de las fincas. Por tanto, referida limpieza registral se hacía cada día más sentida, incluso para una mayor claridad de las inscripciones y hasta para una mayor tranquilidad y seguridad de los sucesivos adquirentes. Es indudable, por tanto, que esta reforma será bien sentida por todos: Notarios, Registradores de la Propiedad y público en general, y es de esperar que al refundir los textos legales y, sobre todo, el Reglamento, sus preceptos se facilitan y se da más seguridad en la tramitación de estos expedientes.

Adquieren mayor importancia los citados expedientes de liberación de cargas con lo que se preceptúa en las Disposiciones Transitorias primera, segunda, tercera y sexta, al declarar, respectivamente, estas Disposiciones que incurren en caducidad las menciones de cualquier clase de más de *quince años* o de menos de este plazo, pero con ciertos requisitos, las inscripciones de hipoteca y las menciones de legítima de más de treinta años y las anotaciones preventivas de más de *quince años*. Por esta enumeración podemos, además, darnos idea del gran número de cargas que podrá liberarse al amparo de la nuevo Ley y, con ello, cuánto se han de aligerar las inscripciones de tanto fárrago y, por tanto, carga, caducada o muerta.

El último título de la nueva Ley—el XIV—está dedicado a los documentos no inscritos y con mucho más vigor y energía que en la Ley modificada, se establece en el nuevo artículo 355 la prohibición clara y terminante siguiente:

“Los Juzgados y Tribunales ordinarios especiales, los Consejos y las oficinas del Estado, Provincia o Municipio, no admitirán nin-

gún documento o escritura por el cual se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si antes no se tomó de ellos razón en el Registro.

Se exceptúa de dicha prohibición la presentación de documentos o escrituras a los efectos fiscales o tributarios.

En los expedientes de expropiación forzosa que se sigan contra el que tenga los bienes en concepto de poseedor no será necesario que éstos tengan tomada razón de dicha situación en el Registro."

Por tanto, fuera de las dos excepciones que quedan transcritas (una, la presentación de los documentos o efectos fiscales; la otra, en los expedientes de expropiación forzosa contra un poseedor) es *absoluta* y diáfana la prohibición a los Juzgados y a las oficinas del Estado, Provincia o Municipio, de admitir documentos sujetos a inscripción, sino que previamente se tome razón de ellos en el Registro de la Propiedad.

Por último, en las Disposiciones adicionales, se ordena que la Ley no entre en vigor hasta los seis meses de su publicación, y se faculta al Gobierno para que en el plazo máximo de un año publique una nueva redacción de la Ley Hipotecaria armonizando los textos urgentes: Ley y Reglamento, y teniendo en cuenta también la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección General de los Registros.

Al mismo tiempo se dan facultades amplísimas al Ministro de Justicia para crear nuevos Registros, modificar y suprimir los existentes, así como para reformar o poner en concordancia con las disposiciones vigentes las referentes a ingreso, ascensos, separación y jubilación de los Registradores de la Propiedad.

Se suprime el turno de clase, si bien a los que sirvan el Registro del Golfo de Guinea se les computará los dos primeros años como seis servidos en la Península, y, claro es, que esto habrá de regularse en el Reglamento. Por último, se reorganizan los servicios de la Dirección General, muy especialmente los servicios de inspección de los Cuerpos dependientes de la misma que, en adelante, realizará esa inspección directamente o a través de los respectivos Colegios, asimilándose, además, recíprocamente y con las limitaciones que se fijan los funcionarios del Cuerpo facultativo de la Dirección General con los Notarios y Registradores, asimilación que justamente regulada no ha de producir más que satisfacciones y beneficios a los respectivos Cuerpos, por

lo que será recibida con la mayor simpatía por todos los funcionarios a quienes afecta.

También se autoriza, como antes hemos visto, la división de los Registros, aspiración deseada desde antiguo por la gran mayoría del Cuerpo, constituyendo, además, una necesidad para la mejor marcha del servicio público. Se inspira, indudablemente, esa división en el principio territorial, o sea, en el mismo de la propia Ley. En muchos de los grandes Registros se establece el territorio por secciones.

No queremos terminar este comentario sin dejar de referirnos también a la exposición de motivos de la nueva Ley, la que consideramos es una admirable construcción jurídicoliteraria digna de ser colo- cada entre las que más hayan podido destacarse, tanto por la brillantez de su forma como por la profundidad de su contenido; de tal modo lo estimamos así, que nos recuerda por la elegancia de su lenguaje y por el desarrollo de los conceptos a la obra maestra que se produjo con la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria.

Con lo expuesto esperamos haber dado una ligera, pero rápida impresión del conjunto y de lo más saliente de la recientísima reforma cuyos detalles e impresiones son esperados con la natural preocupación por todos los compañeros y por nuestra parte no vacilamos en estimar que la nueva Ley es una profunda y, en general, convenientísima reforma, tan intensa y extensa como quizá no lo haya sido ninguna otra modificación, no sólo de la Ley Hipotecaria, sino de otras reformas legales, desde hace muchos años. Sin embargo, el tiempo y la práctica seguirán encargándose de confirmar o no esta modesta y adelantada opinión que acabamos de exponer, la que, por otra parte, podrá ser modificada también por aquellos compañeros que con más tiempo y, sobre todo, con más competencia, irán estudiando y comentando detenidamente los puntos más destacados de esta nueva Ley.

Y también no debemos terminar estas rápidas notas sin cumplir con la obligada manifestación de que sólo con una voluntad tan decidida y constante del Ilmo. Sr. Director General, acogida y estimulada desde el primer momento por el Sr. Ministro de Justicia, se ha podido culminar en una Ley reforma tan trascendental, la que creemos firmemente señalará una fecha y abrirá un período trascendental en la vida e historia del sistema inmobiliario español.

## La Sociedad anónima como sujeto de la contribución de utilidades de la riquezamobiliaria <sup>(1)</sup>

### RESERVAS

Se supone fácilmente lo que significa el concepto "reserva", pero no es tan fácil dar una definición exacta.

Cuando se trata de las reservas desde un punto de vista concreto, bien con relación al fin a que están destinadas, bien a su origen o modo de empleo, se las ve aparecer en tal diversidad de aspectos que resulta difícil dar una idea de conjunto sobre las mismas y acoplarlas en los estrechos límites de una definición.

Cuando se opone el concepto de reservas al de capital, no se las considera como instituciones distintas unas de otras, sino todo lo contrario. Se las agrupa bajo un carácter común que las une; se trata de una característica específica, de la cual todas participan, que no es de orden económico, sino puramente científico.

La reserva, salvo la legal y estatutaria, puede en Derecho ser concebida como la fracción disponible del activo social, y en esta forma encontrarse confundida en un todo común.

En tal sentido la reserva constituye una noción simétrica a la del capital social; es un valor abstracto independiente de los valores concretos de que está compuesto el Activo.

La reserva es la medida complementaria a la del capital social, recogiendo lo que del Activo excede de la cabida de aquél como medida.

Por ello, reserva es la medida que recoge el valor que excede de la suma del capital social desembolsado, más el pasivo exigible.

No basta con decir que aquella reserva, desde el punto de vista

(1) Véase el núm. 199 de esta Revista.

jurídico, es la fracción disponible del Activo; es necesario explicar en qué estriba y en qué consiste esta disponibilidad. Representa, ante todo, un doble poder de la sociedad misma, la cual tiene derecho a decidir, de una forma soberana, que el valor de reserva o una fracción de este valor, sea o no repartido entre los accionistas.

### RESERVA ECONOMICA

Se han estimado como reservas económicas las constituidas por un conjunto de valores si no líquidos al menos fácilmente realizables, que han sido retenidos con un fin de previsión y que están constituidos en una o varias masas distintas de bienes pertenecientes a la empresa, siempre dispuestos, en razón de su propia consistencia, a facilitar la ayuda deseada.

Estas reservas pueden provenir de beneficios capitalizados, pero también de aportaciones de los accionistas.

Las reservas económicas gozan de existencia independiente de toda categoría jurídica. A veces aparecen como un conjunto de valores afectados a un objeto de previsión y, en este caso, se ofrecen netamente individualizados e independientes de los elementos que sirven para la explotación.

Su característica general es su estado de disponibilidad material, lo que permite una realización inmediata.

### MISIÓN

1.<sup>a</sup> Consolidar la empresa, haciéndola más fuerte en caso de dificultades. Compensar pérdidas; asegurar la solidaridad de los ejercicios pasados con los futuros.

2.<sup>a</sup> Extender la empresa, ya que pueden emplearse en operaciones sociales. (Crecer y desarrollarse es ley de las agrupaciones humanas, lo mismo que de los individuos.) Evitar ampliar capital o acudir al crédito.

3.<sup>a</sup> En ciertos casos, previsión.

4.<sup>a</sup> Política de dividendo.

5.<sup>a</sup> Para rescatar acciones.

6.<sup>a</sup> Fin fraudulento. Las ocultas cuando, operando sobre los beneficios, permiten reducir el pago de tributos o el pago a los accionistas, con intención fraudulenta.

La acumulación representa, a veces, una parte enorme del activo social.

#### F U E N T E

Es corriente considerar las reservas como masas alimentadas exclusivamente por detacciones de los beneficios de explotación, capitalizados. El aumento del activo que resulta de las operaciones comerciales o industriales, en lugar de repartirse, se retiene. Esta es la reserva que se equipara con la capitalización de beneficios.

Este modo de ver no es exacto. Otros elementos independientes de los beneficios pueden ser destinados a la reserva, como las primas de las acciones y obligaciones emitidas por cuenta de la sociedad, así como las aportaciones complementarias, mal llamadas "primas de negociación".

Estas primas vienen a ser una aportación suplementaria que aumenta el activo de la sociedad sin aumentar su capital social.

#### E M P L E O

Salvo en las sociedades de seguros, donde las llamadas "reservas" son conceptualmente distintas, y en algunas de las reservas legales—caso de las leyes que comentamos—, las reservas no se materializan en especiales valores del activo, disponibles en cualquier momento, a excepción de ciertas empresas en que voluntariamente así lo hacen.

En general, se emplean para nutrir los fondos de explotación o movimiento, sin que se descubra o revele más que en los apuntes contables y en el pasivo del balance.

Esta manera de obrar se concibe cuando tiene por fin ampliar la actividad de la empresa.

"Si está invertida en fondos de explotación—se pregunta—, ¿cómo pueden obrar facilitando a la sociedad, en un momento dado, los fondos que precise?"

Su papel se convierte en menos aparente, pero no por ello en menos real. Lo que ocurre es que no se manifiesta desde ese punto de vista de la vida económica, sino de la jurídica.

Generalmente se supone que están representadas en el capital circulante. Todo ello demuestra que la reserva no está fundada en la disponibilidad material de bienes puestos a un lado con fines de previ-

sión, salvo los especialmente afectos a este fin. ¿Significa que ha desaparecido por no poderse identificar con determinados bienes? No; es algo más que una masa de elementos concretos separados del fondo de explotación.

Si subsiste, aun confundida con dichos elementos, es, sin duda, un valor independiente de los demás elementos del activo reflejados por el capital social. No pueden, por ello, identificarse sus características con las de los bienes a quienes representan.

Ello demuestra que no debe ser identificada la idea de reserva con la de beneficios capitalizados.

### RESERVA JURIDICA

Hemos visto la diversidad a que dan lugar las reservas: diferentes por su origen, funciones, fuentes que las alimentan y modos de inversión, forman una serie de categorías distintas que parecen rehuir toda idea de conjunto.

A la noción jurídica del capital debe corresponder una noción jurídica de la reserva.

El carácter esencial que la diferencia del capital es el que mide el poder de la sociedad sobre su activo con relación a sus miembros: a este poder se le llama "disponibilidad de la reserva"; disponibilidad que no tiene nada de común con la propia de las reservas económicas, ya que no se trata de un estado de hecho, sino de un estado de derecho.

Las reservas, además de un papel económico que sirve para diferenciarlas, cumplen una misión jurídica común a todas: proteger el capital social y asegurar su integridad. Cuando el activo neto resulta inferior al capital social más las reservas, se dice estar disminuido. Es necesario reconstruirlo, lo que se hace a costa de las reservas.

En esta forma aparecen las reservas, desde el punto de vista jurídico, como auxiliares del capital, en relación al cual tienen una función de custodia. En este aspecto constituyen, en su conjunto, un todo: es la reserva jurídica, que no existe sino en función del capital social.

La reserva, desde el punto de vista jurídico, debe ser concebida como un simple valor abstracto, valor ideal que reposa, como el del capital, sobre el conjunto del activo social, pero sin relación alguna con los elementos concretos que constituyen la sustancia. Se mide por el excedente del activo neto sobre el capital básico.

Como valor abstracto que es, la reserva existe desde el momento en que este excedente se desprende de la comparación de las partidas activas con las pasivas del balance, sin que importe si se constituyó en una masa específica de bienes para representarla. Nada importa que la causa de que proviene ese excedente sean beneficios capitalizados u otros valores.

La reserva no consiste en bienes separados realmente del resto del activo social; no constituye una categoría particular de recursos. Al igual que el capital social nominal es distinto de las aportaciones, de la misma forma las reservas son distintas de los beneficios. Por tanto, pueden significar cifra superior a la suma de beneficios acumulados en la cuantía de las aportaciones complementarias. Al igual que el capital, la reserva no es más que un valor.

Mientras que el capital es inmutable y representa la medida en la cual el activo social es indispensable en su sentido más amplio, la reserva, cantidad variable, indica, por el contrario, el estado de disponibilidad, que no aparece mientras la obligación atribuida al capital no ha sido cumplida. La reserva no existe sino en función del capital.

Esta disponibilidad, que constituye la esencia misma de la reserva disponible, es una noción del mismo orden que la indisponibilidad del capital. La reserva es una abstracción jurídica. La misma diferencia que existe entre capital social y aportaciones existe entre reserva y beneficio.

La definición de reserva demuestra que no es un beneficio; aportación condicionada o complementaria a la de capital; es la disponibilidad del patrimonio social, que encuentra su límite en la inalterabilidad del capital social y condiciones de su creación, pero que no afecta en particular a ninguno de los elementos que componen el activo.

Constituye una noción abstracta estrechamente unida a la del capital; es un valor que corresponde a la fracción disponible del activo social.

Las dos proposiciones a que se reduce la cuestión de la reserva desde el punto de vista jurídico, son:

1.<sup>a</sup> De la misma forma que el capital no se confunde con las aportaciones, tampoco la reserva debe ser confundida con las aportaciones que la constituyeron.

La reserva, noción correlativa de la de capital, es, como él, un valor abstracto, un simple término jurídico. Es la fracción del activo

neto de la sociedad que sobrepasa la cuantía del capital, junto con la del pasivo exigible.

2.<sup>a</sup> La reserva disponible es la fracción repartible del activo social.

3.<sup>a</sup> La llamada reserva legal — caso de la ley de 17 de abril de 1943, apartado c) del núm. 13 —, así como la denominada “reserva especial” — caso c) del artículo 3.<sup>o</sup> de la ley de 30 de diciembre de 1943 —, no siempre son reservas, sino, como en los casos citados, fondo de previsión con fin pendiente de determinar.

La ley de 19 de septiembre de 1942 ordena la creación de la reserva legal, la cual —dice— “sólo podrá destinarse a cubrir, en su caso, el saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias, y habrá de contabilizarse en el pasivo de los balances bajo rúbrica especial”.

El artículo 4.<sup>o</sup> autorizaba al Ministerio de Hacienda para ordenar que hasta una mitad de dicha reserva se constituyera precisamente en títulos de la Deuda del Estado o del Tesoro, que serían depositados en un Banco oficial o inscrito en el Comité Central de la Banca Española.

Sin embargo, el artículo 2.<sup>o</sup> de la ley de 6 de febrero dispuso que el importe de dicha reserva debería estar materializado en el activo en títulos de la Deuda o del Tesoro o en cuentas corrientes especiales de efectivos o en cuentas de ahorro, en la forma que reglamentariamente se determine.

No obstante lo expuesto, la Orden de 17 de abril de 1943 establece —apartado c) del núm. 13— que a los expresados fondos que materialicen la reserva se les puede dar destino distinto del que la propia ley establece, “cuando el Poder público lo determine, para ser empleados por las propias empresas en fines de interés nacional”, lo que quiere decir que aquellos fondos no constituyen una reserva en el sentido técnico y jurídico del concepto, sino más bien fondos de previsión pendientes de darles un destino determinado, y no precisamente en beneficio del fortalecimiento de la empresa.

Análogamente sucede con el apartado c) del artículo 3.<sup>o</sup> de la ley de 30 de diciembre de 1943, en cuanto establece que la reserva especial que dicha ley crea puede emplearse en “inversiones dedicadas al mejoramiento de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores de la empresa, en cuantía del 20 por 100 de la reserva especial total, siendo el Gobierno quien determinará reglamentariamente el destino de dicho 20 por 100, dedicado a obras sociales, y fijará los casos en

que pueda disponerse de esta cantidad con minoración de la reserva", cual en parte ya lo ha hecho por decreto de 2 de febrero de 1944, al preceptuar que las empresas afectadas por dicha ley de 30 de diciembre de 1943, que tengan centros de trabajo establecidos permanentemente (minas, fábricas, talleres, explotaciones agrícolas, etc.), quedan obligadas a dedicar dicho 20 por 100 a fines de carácter social, y entre ellos, con carácter permanente, a la construcción de viviendas para su personal, protegidas por el Instituto de la Vivienda.

Claro es que, en este caso, no siempre se podrá decir que tal inversión no suponga fortalecimiento de la empresa, porque todo lo que tienda a mejorar las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores es obligación esencial de la misma, y, por tanto, repercute en beneficio de la propia empresa.

Cierto, de todas formas, que, como ha dicho Gómez Orbaneja en *Moneda y Crédito*, para analizar adecuadamente qué efectos económicos puede producir la obligación de la reserva legal, teniendo en cuenta que esta reserva legal ha de constituirse en valores del Estado, será preciso un análisis de la política financiera del Estado, y especialmente de la manera como se halla distribuida la Deuda pública en la economía nacional.

No es menos cierto también que la "autofinanciación" que supone ambas reservas (la legal y la especial) puede conducir a perturbar la "economicidad" de la explotación, tanto más cuanto que un exceso de disponibilidades o el desequilibrio entre la procedencia de los medios financieros puede perturbar grandemente a la empresa.

Sin embargo, como la ley de 6 de febrero de 1943 vino a cubrir una lamentable laguna legislativa al crear la reserva legal, y la de 30 de diciembre de 1943, creadora de la reserva especial como sustitutiva del gravamen que suponía la ley de Beneficios extraordinarios, ha puesto un alto al agotador camino que suponía la absorción por parte de dicha contribución de beneficios que en infinidad de casos no tenían este carácter, y mucho menos el de extraordinarios, o al freno que significaba a toda iniciativa privada favoreciendo a las empresas existentes a costa de las de nueva creación, es preciso reconocer a las citadas leyes su momentánea condición de ser defensoras de la sustancia y capacidad económica de las empresas.

Contrariamente, la obstaculización que puede suponer el artículo 39 de la ley de Reforma tributaria de 16 de diciembre de 1940 a

la creación de reservas mediante la aportación de capital suplementario, al gravarlo con el impuesto de Utilidades (tarifa 3.<sup>a</sup>) como si se tratase de un beneficio producido por la empresa, obliga a calificar a dicho precepto como de espíritu contrario al perseguido por las dos leyes antes citadas.

## VI

### LAS RESERVAS TÁCITAS, PLUSVALÍAS O INCREMENTOS DE VALOR, PUESTOS DE MANIFIESTO AL DISOLVERSE O FUNDIRSE LAS SOCIEDADES, CESAR EN EL NEGOCIO O FORMALIZAR EL BALANCE PREVISTO EN EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.—PRESUNCCIONES TENDENTES A EVITAR LA OCULTACIÓN DE BENEFICIOS O EVASIONES FISCALES.

Aun cuando en las lecciones sucesivas hemos de detenernos con el detalle suficiente sobre los conceptos expresados, interesa transcribir en esta primera parte de nuestras explicaciones, que cubrimos bajo la rúbrica "Antecedentes necesarios", el artículo 51 de la ley de Reforma tributaria de 16 de diciembre de 1940, por la repercusión que ha de tener en el estudio que venimos haciendo del artículo 5.<sup>º</sup> de la ley de 10 de noviembre de 1942, por virtud del cual se autorizó al Ministro de Hacienda:

a) Para gravar, al tipo uniforme del 16 por 100, las reservas tácitas, plusvalías o incrementos de valor puestos de manifiesto al disolverse las sociedades o en los demás casos que cita la disposición 1.<sup>a</sup> de la tarifa 3.<sup>a</sup>.

(Cesión total o parcial del negocio que determine la obligación de contribuir; fusión de la empresa sujeto de la obligación; cesación en el negocio que determine la referida obligación; cuando proceda la formación del inventario prescrito en el último párrafo del artículo 168 del Código de Comercio, y, por último, en el caso de disolución de la sociedad.)

b) Para regular la exacción del gravamen precitado y del que corresponda por tarifa 2.<sup>a</sup>, sobre las adjudicaciones que de dichas reservas, plusvalías o incrementos se hagan a los socios, condueños o propietarios de la empresa.

c) Para dictar las normas o presunciones que eviten ocultación de beneficios o evasión fiscal por parte de entidades operantes en Es-

paña, que sean filiales o dependientes de empresa extranjera que no tribute en España.

Realmente, hasta la fecha no ha hecho uso el Ministro de Hacienda de la expresada autorización, principalmente por lo que se refiere a la regulación de los gravámenes que por tarifas 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> han de instituirse sobre los conceptos agrupados en los apartados *a*) y *b*) anteriormente citados.

Cuando en lecciones posteriores nos ocupemos de precisar y conceptualizar las reservas tácitas, veremos cuáles pueden ser sus repercusiones sobre la cuenta de resultados y sobre la defensa del signo monetario y de la sustancia de la empresa.

Claro es que el citado artículo 51 de la ley de Reforma tributaria se refiere a las reservas tácitas, plusvalías o incrementos de valor que se pongan de manifiesto al disolverse las sociedades, o en los demás casos que cita la disposición 13 de la tarifa 3.<sup>a</sup>, lo que parece dar a entender que el gravamen, que se autorizó a establecer al tipo uniforme del 16 por 100, sólo podrá tener efectividad cuando tales reservas o incrementos de valor sean puestos de manifiesto.

Y así como el liquidador del impuesto de Derechos reales hállese autorizado a comprobar el valor que se asigna a los bienes que se adjudican en cualquiera de los supuestos a que se refiere el precepto que comentamos, e incluso a valorarlos al tipo que corresponda en la fecha de la liquidación, haciéndolos tributar al 0,60 por 100, no se está en igual caso en relación con la contribución de Utilidades, en que ha de estarse y pasarse por el valor con que dichos bienes figuren en el balance, por lo que si al formar el de liquidación no se ponen de manifiesto aquellas reservas tácitas, plusvalías o incrementos de valor, y como tales tenidos en cuenta al hacer la partición de los bienes sociales entre los socios, no cabrá la posibilidad de someterlos al gravamen que se trata de regular. Sólo, pues, si cuando se hace la referenciada adjudicación a los socios lo es por valor mayor que el de las participaciones de cada uno, atendido el balance que se formulase, es cuando podría establecerse el gravamen al tipo uniforme del 16 por 100 que se pretende estatuir.

Como veremos en lecciones sucesivas, la incorporación al capital social de una empresa de la plusvalía del activo consecuencia de la fluctuación monetaria, puede llevarse a efecto en caso de disolución de la sociedad y aportación de su activo a otra existente o a constituir.

mediante la atribución de acciones que representen el valor actual de los bienes revaluados y sometidos a la verificación y aprobación de los accionistas, en las condiciones que marca el artículo 151 y, en su caso, el 172, ambos del Código de Comercio.

La Dirección General de Rentas, en acuerdo de 29 de septiembre de 1943, afirmó que el aumento de valor existente entre los bienes de una sociedad extinguida y la que se crea el mismo día con los mismos valores y socios, constituye una reserva tácita que luce en cuentas en la nueva empresa, y que procede gravarse por las tarifas 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> a la extinguida sociedad aportadora de los bienes.

El Tribunal Supremo, por su sentencia de 2 de octubre de 1942, estableció que el traspaso del activo a los socios en pago de sus aportaciones, aun cuando estos propios socios creen simultáneamente otra sociedad en base del propio activo supervvalorado, no supone fusión de empresa en empresa, ni transformación, porque aquel traspaso tiene la mera significación de acto traslativo de dominio de unos bienes por precio pericialmente fijado y pagado en acciones de la nueva sociedad.

El Tribunal Económico-Administrativo Central, en resolución de 19 de mayo de 1936, ha entendido que la diferencia entre el valor de los bienes de una sociedad disuelta y el asignado al aportarlos a otra, no da lugar a la exacción por la tarifa 3.<sup>a</sup>, ni por la 2.<sup>a</sup>, con respecto a ninguna de dichas sociedades, porque "si bien es cierto que los aumentos de valor de las cosas están sujetos a tributación por el apartado b) del número 1.<sup>o</sup> de la disposición 5.<sup>a</sup> de la tarifa 3.<sup>a</sup> de la vigente ley reguladora de Utilidades, en cuanto tal aumento tenga efectividad por la enajenación de los elementos que lo produzcan o luzcan en cuentas, no es menos cierto que tal precepto está subordinado al hecho de que dichos aumentos beneficien a las personas jurídicas sujetas al pago de aquella contribución".

"Que, como en el caso debatido, la sociedad de donde procedían los bienes había quedado legalmente extinguida a virtud de escritura pública, adjudicándose los bienes que constituían el activo social a los socios, por el valor que figuraba en inventario, y que la nueva sociedad nació legalmente el mismo día, en virtud también de la correspondiente escritura pública, otorgada por los propios socios con absoluta independencia de la extinguida".

Y que, "si bien es cierto que estaba integrada por los mismos componentes, que su objeto social era el mismo y que los bienes aportados

tados por las personas que la constituyeron fueron anteriormente propiedad de aquélla, no es menos cierto que el hecho de haberse otorgado escritura distinta para la disolución y constitución de una y otra, revela no se trataba de una transformación de sociedad, con la consiguiente transferencia de derechos y obligaciones, por no haber desaparecido la personalidad de la transformada, y no siendo evidente la solución de continuidad entre ambas personas jurídicas, no cabe atribuir a la extinguida el beneficio numérico que pudiera deducirse de la aportación a la que nace de los bienes que fueron propiedad de ella y por un valor superior al que figuraba en sus balances de disolución".

Que como la vigente ley de Utilidades "no grava en su tarifa 3.<sup>a</sup> más que los beneficios logrados por las personas jurídicas que cita en su disposición 1.<sup>a</sup>, como consecuencia del ejercicio de industrias o negocios realizados en España", es evidente que no puede afectar aquel tributo a las personas naturales que los obtuvieron, ya que éstas son objeto de otras contribuciones.

Que de ser aceptado otro criterio distinto "habría de presentarse el problema de analizar en toda constitución de sociedad la procedencia y valor de los bienes a ella aportados, para deducir en su caso las consecuencias fiscales que en dicho acuerdo se pretenden, suscitando una cuestión que ningún precepto legal regula, pues no sería admisible mantener tal criterio solamente en aquellas como la de que se trata, en que la inmediata transmisión de los bienes permite conocer su procedencia y su valor".

Menciona aquella resolución de 19 de marzo de 1936 que el tributo—tarifa 3.<sup>a</sup>—no puede afectar a las personas naturales que obtuvieron el beneficio, ya que éstas son objeto de otras contribuciones.

Y, en efecto, así es. El artículo 7.<sup>º</sup> de la ley de 20 de diciembre de 1932 (Contribución general sobre la Renta) establece que no se comprenderá como ingreso constitutivo de la renta los incrementos de patrimonio provenientes, entre otros casos, de adquisiciones a título oneroso; pero seguidamente añade: "No obstante, se considerará como renta imponible y ganancia obtenida por la adquisición de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, siempre que su adquisición se haya verificado con menos de tres años de antelación y habida cuenta del valor del dinero entre ambas fechas".

La resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de febrero de 1941 resuelve que el mayor valor que los partícipes

de una sociedad civil asignaron a determinado inmueble que aportaron a una sociedad limitada, adjudicándose, por lo tanto, a los referidos socios de la sociedad civil en el acto de la constitución de dicha sociedad de responsabilidad limitada el mencionado valor, no ofrece duda que en tal fecha se les reconoció y abonó en cuenta a los socios aportantes el referido aumento de valor como dividendo y producto de beneficios de la sociedad civil extinguida, y, como tal, sujeto a tributar al número 2.<sup>º</sup> de la tarifa 2.<sup>a</sup> de la ley de Utilidades.

El propio Tribunal, en acuerdo de 19 de noviembre de 1940, ha establecido que el traspaso del fondo de reserva de una sociedad disuelta a otra que es la propietaria de sus acciones, implica una inversión de beneficios acumulados que determina la obligación de tributar por tarifa 2.<sup>a</sup>.

Las razones expuestas parecen pueden ser las motivadoras del intento del artículo 51 de la ley de 16 de diciembre de 1940 regulando los casos anteriormente previstos. Cuando nos ocupemos del último párrafo del artículo 5.<sup>º</sup> que venimos comentando, pondremos de manifiesto el alcance que aquel precepto puede tener en los casos de liquidar las contribuciones integrando en la base impositiva de la empresa controladora absorbente el valor derecho de control, como nosotros intitulamos a la diferencia de valor con que figuran las acciones de las empresas controladas en el balance de la controladora, al compararlos con las partidas de los balances de aquellas empresas controladas.

Por lo que se refiere a dictar normas o presunciones que eviten ocultación de beneficios o evasiones fiscales por parte de entidades operantes en España, que sean filiales o dependientes de empresas extranjeras que no tributen en nuestra nación, puede ofrecerse como antecedente, entre otros, el reglamento de 24 de diciembre de 1926 para la ejecución del concierto económico con las Provincias Vascongadas, al referirse al caso en que "por la condición personal que realmente tengan los socios, desde el punto de vista de su vecindad o domicilio, y origen del capital empleado o cualquiera otra circunstancia, deba presumirse fundadamente la existencia de fraude encaminado a beneficiarse de cualquier diferencia de tarifas o de régimen".

# Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo (\*)

- 3) Interpretación de la consecuencia jurídica de la norma de colisión.
  - a) En el Derecho de colisión interespacial.
    - aa) Teorías de hecho.
    - bb) Teorías de derecho.
      - a') Calidad específica del Derecho extranjero.
      - b') Cantidad del Derecho extranjero.
    - b) En el Derecho de colisión intertemporal.
  - 4) Las características negativas de la norma de colisión.
    - a) Orden público.
      - aa) En el Derecho de colisión interespacial.
      - bb) En el Derecho de colisión intertemporal.
    - b) Fraude de la Ley.

III. Parte especial del Derecho de colisión interespacial e intertemporal.

## 3) INTERPRETACIÓN DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA NORMA DE COLISIÓN.

- a) *En el Derecho de colisión interespacial* (1).

Si la norma indirecta interespacial declara aplicable un Derecho extranjero, surgen múltiples cuestiones acerca de lo que ha de entenderse por dicho término. Desde luego, Derecho extranjero no significa nunca todo el Derecho extranjero, sino solamente determinado sector del mismo. Esta limitación resulta del tipo legal. Si, por ejemplo, hemos de aplicar Derecho norteamericano al fondo del contrato, no hemos de aplicar sino aquellas normas del Derecho norteamericano que, según nuestra toma de posición en el problema de las calificaciones, pertenecen al fondo del contrato. En otras palabras: Si hemos interpretado la norma indirecta por el Derecho material del Juez, la

(\*) Véase el número 198 de esta Revista.

(1) Véase nuestro libro «La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado» (Barcelona, Bosch, 1935).

concepción del Derecho material del Juez determina las normas norteamericanas pertenecientes al fondo de los contratos. Si, en cambio, interpretamos la norma indirecta según el Derecho norteamericano, éste nos indicará las normas pertenecientes al fondo de los contratos. Si, finalmente, nuestra interpretación se realizó por una concepción propia al Derecho de colisión interespacial, esta misma concepción nos enseñará las normas extranjeras aplicables. Hay quienes distinguen dos cuestiones, argumentando del siguiente modo: La norma indirecta se limita a declarar aplicable un Derecho determinado a una situación de hecho; luego este Derecho declarado aplicable califica en plena libertad la situación de hecho. De este modo nos encontraremos dos veces con el problema de las calificaciones; y hay quienes aplican la primera vez la teoría de la "lex fori" y la segunda la de la "lex causae", o la primera la "teoría de la autarquía" y la segunda la teoría de la "lex causae". Esta concepción nos parece errónea (1). La norma indirecta no declara aplicable a una situación de hecho un Derecho extranjero. Mas bien incluye en su tipo legal una situación de hecho, aplicando a ella aquel sector del Derecho extranjero que reglamenta las cuestiones previstas en el tipo legal de la norma indirecta. Ni que decir tiene que las normas del Derecho material extranjero requieren una interpretación como toda norma jurídica, y ni que decir tiene tampoco que esta interpretación ha de realizarse dentro del espíritu del Derecho material extranjero. Pero induce a errores y confusiones llamar la mencionada interpretación ordinaria "calificación", y la doctrina como ha de llevarse a cabo tal interpretación "teoría de la *lex causae*".

Por lo demás, la interrogante de más peso es la formulada por la calidad del Derecho extranjero. ¿Hemos de considerarlo como un conjunto de hechos o como un conjunto de normas jurídicas? En la contestación se separan las "teorías de hecho" de las "teorías de derecho".

#### aa) *Teorías de hecho.*

La principal "teoría de hecho" es la de Beale, de la Universidad de Harvard. Beale considera los derechos subjetivos, creados en el extranjero bajo la tutela de la ley extranjera, como meros hechos, a los que la norma de colisión enlaza efectos jurídicos. Wigny modifica la teo-

(1) Contra una forma determinada de ella, véase en «Nouvelle Revue», I. e., págs. 25 a 27.

ría de Beale, al enlazar efectos jurídicos a los hechos que, según la ley extranjera, producen tales efectos, sin exigir—como Beale—que un derecho subjetivo se haya producido efectivamente bajo el amparo de la ley extranjera. Beale materializa, al materializar el derecho subjetivo creado en el país extranjero, indirectamente el Derecho material y de colisión de aquel país. Wigny materializa sólo el Derecho material extranjero.

La segunda “teoría de hecho” es la del “uso jurídico”. Según esta teoría, la norma de colisión, al declarar aplicable Derecho extranjero, se refiere a la sentencia probable del Juez extranjero sobre la cuestión incluida en el tipo legal de la norma de colisión y calificada debidamente. La “teoría de derecho” exige del Juez nacional que declare qué Derecho rige en el extranjero. La “teoría del uso jurídico”, en cambio, exige del Juez nacional que compruebe lo que los Jueces extranjeros declaran como Derecho en su patria respectiva. Según las “teorías de derecho”, el Juez nacional, como verdadero juez, falla respecto al Derecho extranjero el imperativo: “ita jus esto”; según la “teoría del uso jurídico extranjero”, el Juez nacional se comporta frente al Derecho extranjero como un abogado consultado sobre la probabilidad de éxito de un asunto, llegando a un juicio de probabilidad: “así será probablemente la sentencia”. Nuestro problema no tiene nada que ver con la interpretación del término “derecho extranjero” en las “teorías de derecho”. Según todas las “teorías de derecho”, ha de entenderse por “derecho” toda norma jurídica vigente y no sólo el texto verbal de la norma legal. Pero este problema de interpretación está separado por un abismo de la lucha entre las “teorías de derecho” y las “teorías de hecho”. Las “teorías de derecho” afirman que por Derecho extranjero ha de entenderse el conjunto, más o menos limitado, de las normas jurídicas extranjeras debidamente interpretadas. La “teoría del uso jurídico” sostiene que la norma de colisión hace referencia a la sentencia probable del Juez extranjero. La teoría del uso jurídico reclama validez para el Derecho de colisión internacional. La situación jurídica del Derecho interregional (1) es tal vez diferente.

Sean mencionadas algunas consecuencias de la “teoría del uso jurídico”:

(1) Cf. Hubernagel, l. c., págs. 20 y 21.

1.<sup>a</sup> Teóricamente elimina nuestra concepción el difícil conflicto entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional, origen de todas las teorías de la incorporación. El orden jurídico representa una unidad cerrada de normas que emanan de una norma fundamental. No puede entrar en este orden interno una norma extranjera que emana de otra norma fundamental. La conversión de la norma extranjera en una norma interna fracasa sobre todo por la esterilidad de las teorías de la incorporación, puesto que de hecho no equiparan la norma extranjera y las normas patrias. La doctrina que aplica el Derecho extranjero como tal Derecho extranjero abandona la filosófica separación entre orden interno y orden internacional; y, sobre todo, no es fértil. Bien es verdad que, según ella, el Derecho extranjero tendrá un papel inferior al Derecho nacional. No obstante, no somos capaces de contestar la multitud de cuestiones concretas que el problema de la aplicación de Derecho extranjero nos plantea. La "teoría del uso jurídico", en cambio, introduce el Derecho extranjero como mero hecho, respetando la concepción del orden interno como emanación de una norma fundamental, y dándonos, además, la pauta para la solución de muchos problemas prácticos.

2.<sup>a</sup> Nuestra teoría constituye una forma correcta del reenvío. Si las normas de colisión declaran aplicable Derecho extranjero, el Juez ha de buscar la sentencia probable del Juez extranjero. Prácticamente llegamos con esta doctrina a resultados semejantes como la teoría de la remisión integral. Pero mientras que ésta nos lleva al célebre juego de referencias mutuas, nuestra teoría escapa a este reproche. Dos legislaciones pueden referirse mutuamente "ad infinitum". Dos Jueces, en cambio, no pueden invocarse mutuamente hasta la eternidad. La prohibición de negar justicia impide este juego. He aquí el punto arquimédico. Una sentencia probable del Juez extranjero ha de existir forzosamente.

3.<sup>a</sup> Si en el Derecho declarado aplicable existe una pluralidad de ordenamientos jurídicos—supuesto en el que, por lo demás, fracasa la teoría que refuta el reenvío—, nuestra teoría lleva directamente a la solución del problema. En primer lugar, hay que aplicar el Derecho interregional extranjero; a falta de éste, hemos de aplicar el Derecho internacional privado extranjero, mediante una "analogía juris", puesto que así procedería, probablemente, el Juez extranjero. Si existieren varios Derechos de colisión internacional diferentes, hay

que recurrir a aquel que rige para los Tribunales a los cuales el demandante hubiera podido llevar el pleito.

4.<sup>a</sup> Sobre todo, nuestra teoría ofrece las soluciones vigentes de Derecho Procesal respecto a la aplicación del Derecho extranjero. Tanto es así, que desde hace mucho tiempo se considera en el Derecho Procesal el Derecho extranjero como mero hecho. He aquí algunos problemas interesantes: ¿Puede el Juez invocar el Derecho extranjero de oficio o debe él esperar hasta que las partes lo aleguen y tal vez también hasta que lo prueben? ¿Motiva una violación, interpretación errónea o aplicación indebida del Derecho extranjero el recurso de casación con arreglo al artículo 1.692, núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, o da tal infracción sólo lugar al recurso de casación a los efectos del artículo 1.692, núm. 7 de dicho Cuerpo legal? En todas estas cuestiones el Derecho extranjero tiene el tratamiento procesal de los hechos. Ahora bien; este enunciado es independiente del problema legislativo procesal: ¿qué tratamiento debe prescribirse para los hechos? Puede ser que el principio dispositivo que hoy día rige en esta cuestión sea abolido como injusto y que se proclame el postulado de la investigación oficial de los hechos. La investigación oficial se extendería en esta hipótesis también al Derecho extranjero. Además, tratar el Derecho extranjero como hecho, no quiere decir tratarlo forzosamente como la mayoría de los hechos. La mayoría de los hechos se prueban, por ejemplo, mediante la prueba solemne, es decir, con un número determinado de determinados medios de prueba. Podemos, en cambio, incluir el Derecho extranjero en el círculo de aquellos hechos que han de probarse mediante la prueba libre, es decir, con cualquier medio de prueba (libros científicos, etc.). Es muy aleccionador para nuestra teoría el caso en que el Derecho extranjero resulta desconocido. Un caso así puede ocurrir fácilmente. Encontramos, por ejemplo, en Müller, "Die deutsche Rechtsprechung im Jahr 1934". una sentencia de la Audiencia Territorial de Hamburgo del 26 de abril de 1934 (págs. 245 a 247), según la cual el Tribunal alemán, entre otras cosas, no era capaz de comprobar si el matrimonio de un español con una francesa, no inscrito en el Registro del Consulado español, se considera en España válido, anulable o nulo. Algunos autores aplican en este supuesto como "ultimum refugium" la "lex fori". Otros, en cambio, exigen que se aplique aquel Derecho nacional o extranjero que tenga el mayor parentesco con el Derecho des-

conocido. Esta solución parece justa. En nuestro caso, no se debería aplicar el Derecho alemán como "lex fori", sino el Derecho italiano o francés. Pero, ¿cómo se quiere justificar este procedimiento evidentemente justo, si se considera el Derecho extranjero como Derecho? La "teoría del uso jurídico" no tiene, en cambio, dificultades. La aplicación de un Derecho semejante al aplicable nos lleva a la sentencia del Juez extranjero con el máximo grado posible de probabilidad.

Refutemos a continuación algunas objeciones que se han hecho contra la "teoría del uso jurídico" (1):

1.<sup>a</sup> La "teoría del uso jurídico" separa, en efecto, las normas de colisión que declaran aplicable el propio Derecho, de las que mandan aplicar el Derecho extranjero, puesto que en el primer supuesto la referencia se hace a auténtico Derecho, en el segundo a la sentencia probable del Juez extranjero. Pero esta distinción es el fiel reflejo teórico de la diferenciación práctica existente entre los dos supuestos. La mera existencia de tantas teorías sobre la aplicación de Derecho extranjero prueba la particular dificultad relacionada con aquellas normas indirectas que mandan dicha aplicación (v. Mezger, 1. c., página 159).

2.<sup>a</sup> En algunos casos, se objetó, el Juez nacional es incapaz de resolver a imagen y semejanza del Juez extranjero.

a) Puede ser que en el Derecho extranjero no exista ningún precedente del caso de autos. Este supuesto puede, efectivamente, existir, y en él el Juez nacional tendrá que conocer cómo cree que conocearía el Juez extranjero. Sin embargo, la diferencia entre su actividad y la del Juez extranjero sigue en pie, y es análoga a la diferencia entre un abogado que informa sobre un asunto todavía nunca ventilado y el Juez que falla sobre dicho asunto. El abogado no dice lo que es Derecho—las partes tampoco lo desean saber—, sino lo que el Tribunal sentenciará teniendo en cuenta todos los elementos aprovechables. El Juez falla su: "ita jus esto!".

b) En otra hipótesis, el fallo del Juez extranjero es conocido.

(1) Véanse a lo que sigue: Maury, "Règles générales... 1. c.; Mezger, en «Nouvelle Revue de Droit International Privé», 1935, págs. 157 a 160 y 466 y ss.; Sigmund Sichel, en «Yale Law Journal», mayo de 1936; Frankenstein, en «Revue Internationale de la Théorie du Droit», Année X, Cah. 3; Angelo Piero Sereni, ibidem Cah. 2; Balogh, «Neue Theorien über Internationales Privatrecht», in «Streit-Festschrift», Band I, 1939, págs. 92 y 93.

pero de difícil imitación. Supongamos, por ejemplo, que el Juez español tenga que fallar sobre la sucesión hereditaria en una finca española de un causante francés. El Derecho español declara aplicable el Derecho francés (art. 10, párrafo 2.º del Código civil). Mas el Juez francés ha de declararse incompetente en un supuesto así, según la más reciente jurisprudencia de la "Cour de Cassation" (Cass. civ., 5. VII, 1933; v. "Nouvelle Revue", 1934, pág. 75). Sin embargo, el Juez español puede llegar a una decisión del fondo del asunto, teniendo en cuenta las razones de la declaración de incompetencia del Juez francés. Las razones son que, con arreglo a la doctrina francesa, nuestro caso debe resolverse por el Juez español y en virtud del Derecho español. El Juez español debe, por consiguiente, aplicar su propio Derecho (v. Balogh., 1. c.).

c) Finalmente, se alega (v. Balogh, 1. c.) el siguiente caso contra la "teoría del uso jurídico": Dos griegos celebran en Alemania un matrimonio religioso. Nace de este matrimonio un hijo. El Juez alemán debe juzgar la validez formal del matrimonio según el Derecho alemán; la legitimidad del hijo, según el Derecho griego. El matrimonio es nulo en Alemania, válido en Grecia. ¿Cómo puede el Juez alemán resolver la legitimidad conforme la resolvería el Juez griego, si para éste el matrimonio resulta perfectamente válido? Tal vez—sigue Balogh—se intenta decir que el Juez alemán haya de decidir conforme decidiría el Juez griego, si el matrimonio fuera considerado por él como nulo. Pero si se aprueba este razonamiento, se puede (siempre según Balogh) en la cuestión del reenvío exigir que se considere aplicable el Derecho material extranjero (haciendo caso omiso de la norma indirecta extranjera contraria) o admitir que los hechos hubieran ocurrido de tal forma que, según la norma indirecta extranjera, el Derecho material extranjero resulte, en efecto, aplicable. Hemos de traer a capítulo lo que sostengamos acerca de la naturaleza jurídica del hecho a subsumir, por una vertiente, y acerca de la extensión del Derecho aplicable según una norma de colisión, por la otra vertiente. Los hechos de nuestro caso son meros hechos con referencia a las disposiciones sobre la legitimidad de hijos. Pero por ello no han de carecer en absoluto de elaboración jurídica realizada por otras normas diferentes. En efecto, entre los meros hechos a los efectos de las prescripciones acerca de la legitimidad de los hijos se halla el hecho de un matrimonio nulo. Este hecho resulta de la aplicación de diferentes normas jurídicas sobre

el matrimonio; pero no deja de ser un mero hecho respecto a otras normas todavía sin aplicar. Por el otro lado, es erróneo creer que el Derecho griego es aplicable al caso de autos en su totalidad. El Derecho griego es aplicable exclusivamente al problema de la legitimidad del hijo, problema éste que ha de resolverse sobre la base de los hechos conforme resultan después de haber pasado a través de una previa elaboración jurídica. El reenvío ofrece una situación completamente distinta. La aplicación del Derecho material extranjero supone o que suprimamos mentalmente la norma de colisión extranjera, precisamente en aquel sector del caso que al Derecho extranjero está sometido, o que supongamos, por ejemplo, que el causante no haya tenido su domicilio en España, donde realmente lo tuvo, sino en Inglaterra, donde no lo tuvo, con lo cual modificamos los mismos hechos que deben ser resueltos con arreglo al Derecho extranjero. Una cosa es, por consiguiente, aplicar el Derecho extranjero a un sector determinado del caso que antes ha sido elaborado por otras normas jurídicas aplicables —ello no es sólo lícito, sino lo único que jurídicamente es permitido— y otra muy diferente es modificar el Derecho extranjero aplicable o modificar los hechos ya seleccionados—ello es inadmisible—.

3.<sup>a</sup> La "teoría del uso jurídico" no afirma que la actividad del Juez nacional, al aplicar Derecho extranjero, sea idéntica a la actividad judicial al comprobar meros hechos (v. Frankenstein, 1. c.). La actividad del Juez nacional frente al Derecho extranjero no es la de un perito procesal, sino la de un abogado, es decir, es actividad jurídica. "C'est... une opération logique qui au point de vue de sa technique ne diffère pas de l'interprétation du droit interne" (Frankenstein). Pero frente al Derecho nacional el Juez es el "brazo prolongado" del legislador: "la bouche de la loi", y sus sentencias establecen autoritativamente el Derecho; frente al Derecho extranjero, en cambio, es el Juez mero informador. Por ello, sus informes jurídicos no tienen dignidad diferente de sus informes sobre hechos, aunque, naturalmente, la comprobación del Derecho extranjero es intrínsecamente diferente a la comprobación de hechos.

4.<sup>a</sup> Maury (1. c., págs. 66 y ss.) objeta que el informe jurídico sobre el Derecho extranjero sea capaz de cierta generalización a diferencia de un informe sobre meros hechos. Pero aunque la posibilidad de generalizar una sentencia judicial es condición necesaria del papel del Juez como creador del Derecho, no es condición suficiente, puesto

que le hace falta además la autoridad estatal para fallar el: "ita jus esto". Según la "teoría del uso jurídico", el Estado niega al Juez esta autoridad.

5.<sup>a</sup> Entre la "teoría del uso jurídico" y las "teorías de Derecho" no hay término medio. Con ello no queremos combatir la tesis de Frankenstein (l. c.) de que la actividad del Juez al comprobar Derecho extranjero sea intermedia entre la comprobación de hechos auténticos y la aplicación del Derecho nacional. Nos referimos en este lugar al tratamiento jurídico del Derecho extranjero. Sichel (l. c.) pregunta: "Even if it is granted that in a sense the judicial process creates law, does it follow that the courts of State A, by deciding particular cases in A, on the basis of rules formulated in State B, attempt to frame rules to be observed in B?" Las "teorías de Derecho" han de afirmar esta interrogante; la "teoría del uso jurídico" la niega. Si el Juez nacional se coloca frente al Derecho extranjero en la misma situación que respecto al Derecho nacional o sólo en una situación semejante, el Juez nacional usurpa el "rôle" del Juez extranjero, y pretende crear Derecho extranjero, aunque ello aconteciera sólo mediante un efecto indirecto, pero necesario, de la sentencia. Si se indica, en cambio, al Juez nacional el papel de un simple informador sobre el Derecho extranjero, hay que someterle a la obediencia absoluta al Derecho extranjero, salvo, claro está, el orden público nacional.

bb) *Teorías de derecho.*

Las "teorías de derecho" coinciden en la calidad general del Derecho extranjero: es auténtico Derecho. En cambio, discrepan acerca de si el Derecho extranjero se aplica como Derecho extranjero o como Derecho nacional, mejor dicho: nacionalizado. Las "teorías de Derecho" discrepan, por tanto, en lo que atañe a la calidad específica del Derecho extranjero. También se discute la cantidad del Derecho extranjero aplicable.

a') *La calidad específica del Derecho extranjero.*—La teoría en Europa aún dominante aplica el Derecho extranjero como Derecho y como extranjero. Teóricamente, ésta teoría se expone al reproche de no explicar el hecho extraño de que las autoridades de un país obedecen a órdenes de autoridades extranjeras. Prácticamente, la teoría dominante tiene la ventaja de justificar que el Derecho extranjero, pese a

ser Derecho, precisamente por ser extranjero sufra un tratamiento menos favorable que el propio Derecho nacional.

El segundo grupo de teorías consideran el Derecho extranjero como Derecho nacional. Se denominan, acertadamente, "teorías de la incorporación" (1). Su razón de ser existe en su deseo de cohonestar el nacionalismo con la aplicación de Derecho extranjero. Las "teorías de la incorporación", a su vez, son o "teorías de la incorporación legal" o "teorías de la incorporación judicial". Las primeras sostienen que el Derecho nacional naturaliza el Derecho extranjero. Pueden revestir dos formas. La "teoría de la incorporación legal material" afirma que el Derecho nacional naturaliza para cada caso concreto las normas extranjeras aplicables. La "teoría de la incorporación legal formal" mantiene, en cambio, que el Derecho nacional abarca desde siempre y para siempre todos los Derechos extranjeros, nacionalizándolos. La "teoría de la incorporación judicial" parte del supuesto filosófico de que el Derecho consiste exclusivamente en los fallos judiciales. Por consiguiente, el propio país incorpora a sí el Derecho extranjero mediante las sentencias de sus Jueces. Como el Derecho extranjero consiste asimismo de fallos judiciales, ellos constituyen la materia de la incorporación. Algunos autores confunden la "teoría jurídica de la incorporación judicial" con la "teoría de hecho del uso jurídico". Pero en la "teoría jurídica de la incorporación judicial" la relación entre el propio Juez y el Juez extranjero es la relación entre dos legisladores, de los cuales el primero copia la ley del segundo. En la "teoría de hecho del uso jurídico" la relación entre los dos Jueces es la relación entre un Abogado y un Juez, adaptando el Abogado sus medidas al probable fallo del Juez. La última teoría es independiente de la fe en el *judge made law*, aunque esta fe pueda proporcionarle tal vez argumentos favorables. La "teoría jurídica de la incorporación judicial" es inseparable de la mencionada fe.

b') *La cantidad del Derecho extranjero.*

Las "teorías de derecho" deben determinar el conjunto de normas extranjeras que ha de ser aplicado. ¿Han de aplicarse las normas de

(1) Extraña que estas teorías encuentren tan poco eco en España, ja cual incorpora a su Derecho civil común el Derecho canónico (art. 75 del Código civil y R. D. del 19 de mayo de 1919) y a algunos Derechos forales, además del Derecho canónico, el Derecho romano.

colisión extranjeras y sólo a través de ellas el Derecho material extranjero o cualquier otro Derecho material que indiquen? ¿Han de aplicarse las normas de colisión extranjeras y sólo a través de ellas el Derecho material extranjero, recurriendo, en cambio, de nuevo al propio Derecho de colisión, si el Derecho de colisión extranjero declarara su Derecho material inaplicable, sin que hagamos caso de su referencia a otro Derecho material? O ¿hemos de aplicar, finalmente, el Derecho material extranjero, sin hacer caso, en absoluto, del Derecho de colisión extranjero? Según la primera teoría, conocida como "teoría que admite el reenvío", se aplica en su caso todo el Derecho extranjero, por lo cual puede ser denominada "teoría de la referencia máxima". Con arreglo a la segunda doctrina, conocida como "teoría del desistimiento", han de aplicarse sólo aquellas normas de colisión extranjeras que declaran aplicable el Derecho material extranjero. He aquí la "teoría de la referencia media". La tercera teoría, que se conoce como "teoría que rechaza el reenvío", aplica sólo el Derecho material extranjero, mereciendo, por consiguiente, el rótulo de "teoría de la referencia mínima". Gráficamente las tres doctrinas pueden compararse: la última, con una invitación de cumplido que "nolens, volens", ha de ser aceptada; la segunda, con una invitación, la que el invitado puede aceptar o declinar, cursando en el último supuesto el anfitrión una nueva invitación a otra persona o prescindiendo de toda invitación; y la primera, con una invitación, la que el invitado puede aceptar o transferirla, él mismo, a otra persona.

Conforme a nuestro plan de limitarnos a plantear los problemas en su estructura formal y a atribuirles su lugar sistemático, no entraremos tampoco en el fondo del problema del reenvío. No obstante, séanos permitida una advertencia. En algunos casos la justicia reclama que dejemos resolver un asunto por una persona determinada sin que nos importe el contenido de la resolución (salvo graves abusos de parte de dicha persona). En otros casos la justicia exige una solución determinada del asunto. Tal vez se pueda hablar en el primer supuesto de "justicia procesal"; en el segundo, de "justicia material". Ahora bien; el problema del reenvío se reconduce a la siguiente cuestión: si la norma indirecta propia manda aplicar Derecho extranjero, ¿desea ella abandonar la resolución del asunto al Estado extranjero o cree ella que el Derecho material extranjero le da una solución justa? En otras palabras: ¿Fundase la norma de colisión propia, al declarar

aplicable Derecho extranjero, en la justicia procesal o en la justicia material? En la primera hipótesis, procede o la "teoría de la referencia máxima" o la "teoría de la referencia media"; en la segunda hipótesis hay que aplicar la "teoría de la referencia mínima". A primera vista la cuestión planteada parece asaz dudosa. No obstante, existen argumentos a favor de la justicia procesal. En efecto, el legislador del Derecho de colisión puede haber conocido todos los Derechos materiales del mundo en el momento de la codificación del Derecho de colisión y puede haber adaptado sus normas de colisión a su opinión sobre la justicia material de aquellos Derechos materiales en los diferentes casos con elementos extranjeros. Pero el Derecho extranjero aplicable no es forzosamente el Derecho extranjero vigente en el momento de la codificación del propio Derecho de colisión, sino el Derecho material extranjero en el momento en que se juzga el caso o en el momento en que el caso se realiza. Este Derecho material es desconocido al legislador de las normas indirectas. Mal puede haber juzgado, por tanto, su justicia. Por consiguiente, el legislador de las normas indirectas quiso abandonar el asunto a la resolución del legislador extranjero. Así llegamos al reenvío, cuyos defectos accesorios se subsanan en la "teoría del uso jurídico".

b) *En el Derecho de colisión intertemporal.*

Todas las doctrinas expuestas para el Derecho de colisión interespacial son imaginables también para el Derecho intertemporal. Naturalmente, hay que tener en cuenta las particularidades del Derecho transitorio. La doctrina dominante en la jurisprudencia\* concibe el Derecho derogado como mero hecho; defiende, por tanto, una "teoría de hecho", deduciendo de ella numerosas consecuencias para el tratamiento procesal del Derecho derogado; las partes han de alegar y de probarlo; se prueba como un hecho; su infracción no da derecho al recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, etc. No obstante, en el Derecho transitorio, las "teorías de derecho" encuentran menos dificultades que en el Derecho Internacional Privado. Puede de ser difícil explicar que en un país se aplique Derecho de otro; pero no es tan difícil aceptar que en un país en que para la mayoría de los casos ya rige la ley nueva, para una minoría de casos rija todavía la ley antigua. Las "teorías de derecho", en lo referente a la calidad específica, pueden considerar el Derecho derogado como derogado, pero

aplicable, o pueden mantener su incorporación al Derecho vigente. En lo tocante a la cantidad caben las tres teorías de la referencia máxima, media y mínima. Pero el argumento principal a favor de las primeras dos teorías no sigue en pie. La norma transitoria se funda en la justicia material del Derecho derogado. Por consiguiente, hemos de aplicar la "teoría de la referencia mínima".

#### 4) LAS CARACTERÍSTICAS NEGATIVAS DE LA NORMA DE COLISIÓN.

- a) *Orden público.*
- aa) *En el Derecho de colisión interespacial (1).*

El orden público es la característica negativa típica de la norma indirecta. Su importancia práctica es muy grande. Recientemente, la jurisprudencia española ha dictado dos interesantes sentencias a este efecto (2). La voz "orden público" se refiere a tres grupos de normas diferentes: 1.º El término "orden público" se refiere a la cláusula de reserva (por ejemplo, art. 11, párrafo 3.º del Código civil), que acompaña cualquier norma indirecta que manda aplicar Derecho extranjero (pese al texto verbal del art. 11, párrafo 3.º, que sólo hace referencia al 10 y al 11, párrafo 1.º). 2.º En segundo lugar, han de entenderse por "orden público" todas aquellas normas directas que no admiten una derogación por el Derecho extranjero (por ejemplo, 669 del Código civil). Estas normas se llaman "normas rígidas". 3.º En tercer lugar caen bajo el concepto de orden público ciertas normas indirectas, cuya función es la de declarar aplicables las normas directas rígidas y el alcance de su aplicabilidad (por ejemplo, art. 733 del Código civil). Estas "normas indirectas de orden público" dan lugar a la discusión principal en nuestro problema. La "Escuela de Mancini" afirma, en defecto de declaración legal contraria, la imposibilidad de derogar las normas rígidas. La "Escuela de Savigny", en cambio, sostiene en principio su derogabilidad, oponiéndose las mismas sólo a resoluciones escandalosas del caso concreto a base del Derecho extranjero. La "ventaja" práctica de la primera doctrina consiste en que permite al Juez aplicar directamente su propio Derecho material sin

(1) Cf. en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1940, págs. 421 y 422.

(2) S. 23-II-1944 y nuestro comentario en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1944, págs. 406, 407; y S. 12-V-1944 en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1944, págs. 754 y 755.

tener en cuenta el Derecho extranjero. La segunda teoría exige la aplicación provisional del Derecho extranjero que llega a ser definitiva, a no ser que su solución resultara escandalosa. Un caso nos aclarará la diferencia teórica y práctica que media entre ambas concepciones. Supongamos un contrato entre un alemán y un español en que interviene dolo. La parte engañada exige después de dos años la anulación ante Tribunales españoles. La "Escuela de Mancini" argumenta del siguiente modo: La anulabilidad de un contrato, conseguido mediante dolo, es tan esencial, que hemos de aplicar los arts. 1.300 y siguientes del Código civil español, sin que nos importe la aplicabilidad y el contenido del Derecho extranjero. El Derecho español concede la anulabilidad (art. 1.265) dentro de un plazo de cuatro años (art. 1301). Por consiguiente, la víctima gana el pleito. El procedimiento de la "Escuela de Mancini" respecto al Derecho extranjero recuerda el del profeta Omar cuando mandó incendiar la célebre biblioteca de Alejandría. Según la tradición su razonamiento era el siguiente: O los libros en esta biblioteca coinciden con el Corán, en cuyo caso sobran, o discrepan del mismo, en cuya hipótesis son nocivos. La "Escuela de Savigny", en cambio, examina en primer lugar el Derecho aplicable. Supongamos que éste sea el Derecho alemán, por ejemplo, por estar domiciliadas ambas partes en Berlín. El Derecho alemán declara contratos dolosos igualmente anulables (art. 123, C. c. alemán); pero la acción de nulidad debe ejercitarse dentro de un plazo de un año (art. 124, I. c.). Por tanto, en nuestro proceso la víctima perdería. ¿Es este resultado escandaloso con arreglo a la moral española? pregunta ahora la "Escuela de Savigny". Evidentemente que no. Por consiguiente, el Derecho alemán conserva el campo de batalla.

La doctrina dominante niega la existencia del orden público en el Derecho interregional (1). Las normas vigentes en una parte del territorio no pueden resultar escandalosas para la concepción moral reinante en otra parte del territorio. La jurisprudencia no ha observado siempre esta manera de pensar. Antes de la unificación del Derecho civil alemán en 1900, los Tribunales radicantes en territorios alemanes en que regía el Código Napoleón declaraban con frecuencia que la concesión de derechos a hijos ilegítimos, realizada, por ejemplo, por el Derecho común, infringía el orden público, que en sus

(1) Cf. Hubernagel, I. c., págs. 21 a 26, que mantiene la opinión opuesta.

comarcas se basaba en la célebre prohibición: "La recherche de la paternité est interdite". En un auto del Tribunal Supremo muy reciente, del 17 de julio de 1943 (1), se revocan sendas sentencias de los dos Tribunales de instancia austriacos que habían calificado ciertas disposiciones del Código civil alemán como infractorias del orden público austriaco. Ahora bien; por cierto que nos parece la doctrina dominante, no debe olvidarse que el legislador central en un Estado compuesto muchas veces no ha reglamentado todavía de manera expresa la compatibilidad e incompatibilidad de las diferentes legislaciones regionales. En esta hipótesis, el Juez debe hacer las veces del legislador y declarar la nulidad o validez de las diferentes disposiciones. Bien es verdad que la diferencia entre el orden público, que sólo impide la entrada de Derecho extranjero en el propio país, y la declaración de nulidad de una disposición de otra región para todo el territorio nacional, son asaz diferentes; pero no lo es menos que el Juez muchas veces retrocede ante la declaración de nulidad y prefiere la fórmula más conciliatoria del orden público. Conste, sin embargo, que en buena doctrina el orden público en el Derecho interregional no existe. Por tanto, una norma extranjera coincidente con una norma de Derecho foral no infringe nunca el orden público nacional.

bb) *En el Derecho de colisión intertemporal.*

El orden público desempeña en el Derecho transitorio la mayor importancia, puesto que es el que justifica la retroactividad de la ley vigente. La regla es la irretroactividad de las leyes. Las leyes se dan para lo porvenir y no para el pasado. Empero si la reglamentación de la ley antigua resultara escandalosa para la moral reinante, la nueva ley destruye la antigua reglamentación y la sustituye por otra. Según el dinamismo de la nueva moral, la nueva ley puede contentarse con reglamentar los efectos jurídicos de hechos acontecidos durante la vigencia de la antigua o puede extenderse a efectos jurídicos ya realizados bajo la antigua legislación. De ahí una regla muy importante para el Orden público interespacial: ninguna norma extranjera infringe dicho Orden público si idéntica norma fué mantenida en la *lex fori* por mandamiento del Derecho transitorio (o, como se debe añadir: es conservada todavía como Derecho foral).

(1) Véase su reproducción y comentario de Raape en «Información Jurídica», junio-julio de 1944, págs. 53 a 56.

b) *Fraude de la ley* (1).

El fraude de la ley es una característica negativa de la norma indirecta, pero no es una característica negativa privativa de ella, puesto que el fraude de la ley es una institución general del Derecho entero y no sólo de un sector determinado del mismo. En nuestro entender, el fraude de la ley consiste en un doble abuso de derecho. La persona fraudulenta abusa de un derecho para burlarse de la finalidad de otra norma jurídica. El camino de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de reconocer primeramente el fraude de la ley—últimamente en las importantes sentencias de 4 y 8 de abril de 1942—y sólo después el abuso de derecho—en la sentencia de 14 de febrero de 1914—, es, por consiguiente, lógico, puesto que el doble abuso de derecho es más grave que el abuso sencillo.

No es inútil considerar el fraude de la ley bajo otro aspecto. Las características de un tipo legal, cuya existencia produce la aplicación de la consecuencia jurídica, pueden ser acontecimientos no relacionados con el hombre (por ejemplo, el aluvión), actos jurídicos (por ejemplo, el domicilio) o negocios jurídicos (por ejemplo, una oferta). Los actos jurídicos se distinguen de los negocios jurídicos por el hecho de que a los primeros la ley enlaza la consecuencia jurídica, sin tener en cuenta la voluntad de las partes; a los segundos se enlaza la consecuencia jurídica por medio de la voluntad de los interesados, limitándose la ley a sancionarla. Ahora bien; *el fraude de la ley consiste en que las partes convierten las características concebidas por la ley como meros acontecimientos o actos jurídicos en negocios jurídicos*. La norma indirecta considera, por ejemplo, la situación de un mueble como un mero acontecimiento. La parte que lleva intencionadamente el mueble a un determinado país para disfrutar de los beneficios de su legislación, desvirtúa dicho requisito, utilizándolo como un negocio jurídico. La norma indirecta concibe la adquisición de la nacionalidad como acto jurídico. No supone que alguien adquiera una nacionalidad precisamente para que se le aplique en un caso dado su nuevo Derecho nacional. Pues el proceder de una persona fraudulenta es exactamente el mencionado: convierte lo que la norma indirecta proyectaba como acto jurídico en negocio jurídico. Este aspecto

(1) Véanse nuestros trabajos en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1942, págs. 417, 418, 606 a 608, 817, y 1944, págs. 401 a 404.

del fraude de la ley en el Derecho interespacial explica por qué el único punto de conexión que ya por sí consiste en un negocio jurídico no es susceptible de una perversión fraudulenta. Nos referimos a la autonomía de las partes (1). La norma de colisión reza en este supuesto de la siguiente manera: "En todos los negocios jurídicos que tengan contacto con países extranjeros (tipo legal), las partes pueden determinar el Derecho aplicable (consecuencia jurídica), escogiéndole entre los Derechos afectados (punto de conexión). La elección de un Derecho como aplicable es, ya en el entender de la norma indirecta, un negocio jurídico, puesto que se hace precisamente con la finalidad de que se aplique el Derecho escogido. Por ello, dicho punto de conexión no se presta al fraude. En cambio, sí puede haber fraude respecto al tipo legal en sentido estricto. La ley concibe el "contacto del negocio con varios países" como mero acontecimiento o como acto jurídico. No obstante, las partes pueden crear deliberadamente el contacto, para luego poder escoger el Derecho del país con el cual el contacto fué creado.

### III.—PARTE ESPECIAL DEL DERECHO DE COLISION INTERESPACIAL (2) E INTERTEMPORAL

La Parte Especial del Derecho de colisión interespacial, a diferencia del Derecho de colisión intertemporal, empezará con una sección en que los puntos de conexión han de ser explicados, tanto en su aspecto general como cada punto de conexión especial. Este capítulo de introducción ofrece analogía con ciertas tendencias sistematizadoras en el Derecho penal que se condensaron en el lema: "La Parte General de la Parte Especial" (Erik Wolf). A continuación—de común acuerdo Derecho interespacial e intertemporal—han de examinarse las normas indirectas del Derecho de personas, Derecho de obligaciones, Derecho de cosas, Derecho de familia, Derecho de sucesión y Derecho mercantil.

WERNER GOLDSCHMIDT.  
Doctor en Derecho.

(1) Cf. nuestra nota en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1941, páginas 571 a 573.

(2) Cf. sobre esta materia, el magnífico libro del Sr. Trías de Bes: «Derecho Internacional Privado» (2.ª ed., Bosch, 1940).

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Especial

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1944.—*Interpretación de declaraciones de voluntad.*

En este punto que la sentencia de instancia, al resolver como lo hace el contrato de compraventa en cuestión por la sola virtud de un pacto o condición que dice haberse establecido irrevocablemente en momentos anteriores al otorgamiento de la escritura, pero que inequívocamente y con claridad que hace imposible toda interpretación contraria está contradicho por los términos de la misma, parejos por cierto, como no podía menos de ocurrir, con los del poder conferido a su representante por el vendedor, sólo ve en el documento notarial un medio probatorio que recoge íntegramente un contrato anterior perfecto; y niega toda eficacia constitutiva al acuerdo de voluntades, claramente establecido en la escritura pública, olvidando así que este interesantísimo aspecto del documento notarial tan cuidadosamente estudiado por la técnica, que, en pos de soluciones satisfactorias para definirlo en Derecho, ha acudido en ocasiones a la tesis del llamado *contrato reproductivo*, expresión de una renovación contractual por la que se refunden sucesivas declaraciones de voluntad sobre las que se presta nuevo consentimiento, y otras veces a la construcción, no menos original, de los llamados *contratos de fijación jurídica*, así denominados porque con designios de claridad y de certeza establecen—fijándolas y declarándolas estables—situaciones jurídicas, no pugna con el sentido de las normas que en el Derecho positivo español se han traído contradictoriamente a colación; porque si bien el artículo 1.279 del Código civil consagra la validez de cualquier acuerdo consensual anterior al otorgamiento de la escritura pública y sostiene que los negocios jurídicos quedan perfeccionados *mera voluntate*, ni puedo decir ni ha dicho que, en determinados casos, la escritura no puede tener valor constitutivo, en contraste con los supuestos a que claramente alude el artículo 1.224 del propio Código, en que no tiene otra significación que la de *medio de reconocimiento* de un acto o contrato preexistente; y es notorio que así como en este caso, de igual modo que cuando el acuerdo primario y la escritura coinciden, ésta no hace otra cosa que dar forma a la ya preexistente, a manera de *specificatio*, en eventos de manifiesta discordancia, como el de autos, no es posible hacer prevalecer contra los términos categóricos y claros del documento notarial una posible convención anterior que no sólo no se llevó a la escritura, sino que pugnaba abiertamente con la estipulación de que la casa enajenada había de dedicarse a los fines de enseñanza, que, según la sentencia, fueron los únicos que movieron la voluntad.

tad del transmitente, o a aquellos otros que tuviere por conveniente el Ayuntamiento comprador; expresión superflua si hubiese perdurado, como se pretende, la voluntad inicial, que, además, revela cuál fué la realmente declarada en el contrato, que *fiijó definitivamente* la situación de las partes y que, por ello, ni permite valorar a efectos interpretativos los actos anteriores, ni consiente interpretación deducida de los posteriores, que, sin violencia, no puede ligarse con el convenio primario con abstracción de la escritura, que indudablemente prescindió de él.

SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1944.—*Fideicomiso; memorias testamentarias.*

A impulso de necesidades prácticas sentidas en todos los tiempos, las costumbres jurídicas y las legislaciones han dado acogida, con mayores o menores restricciones o aun prohibiciones, según los casos, a variadísimas manifestaciones de la fiducia testamentaria (entendida ésta en su más amplio sentido), por la cual los testadores hacen o encomiendan determinados ruegos o encargos a un heredero o persona de su confianza, bien invistiéndole de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento por comisario), bien concediéndole nada más la facultad de designar el heredero o distribuir la herencia entre las personas u obras señaladas por el propio testador (herederos distributarios, heredamientos fiduciarios con elección encomendada a los parentes más próximos, cláusula de confianza concedida al cónyuge viudo, etc.), ya imponiendo al heredero el cumplimiento de determinadas disposiciones (legados, cláusulas *sub modo*, fideicomisos, donaciones *mortis causa* con transmisión fiduciaria, etc.) o remitiéndose a las que establezca y dicte el propio otorgante, fuera del testamento, en escritos complementarios (memorias testamentarias), ya, finalmente, confiando a esa persona de su confianza la ejecución de su última voluntad (albaceazgo), ora con la obligación normal de rendir cuentas de gestión, otra relevándose de esta obligación (albaceazgo de confianza).

Una de las más interesantes y borrosas figuras comprendidas en el cuadro anterior es la genuinamente romana del fideicomiso, que tiene como nota específica la de que el ruego o encomienda consiste en imponer al fiduciario el encargo de restituir toda la herencia o parte de ella a una tercera persona (fideicomiso universal o fideicomiso de herencia), o bien restituir cosa determinada o pagar determinada cantidad a un tercero (fideicomiso singular), y que no sólo se ha manifestado históricamente a través de especies muy diversas (fideicomisos puros o condicionales, expresos o tácitos), sino que ha dado lugar a modalidades especiales, tales como el fideicomiso sucesivo, perpetuo o temporal (del cual son derivaciones el fideicomiso familiar romano y la moderna sustitución fideicomisaria de llamamientos limitados), y, por lo que aquí principalmente interesa, el fideicomiso secreto, del que trae su origen el fideicomiso con encargos o instrucciones reservadas (herencia de confianza), institución ésta desenvuelta por el Derecho consuetudinario y la doctrina científica sobre la base de algunos textos del Derecho romano y de las Decretales, y que, aun cuando esté proscrita hoy por el artículo 785 del Código civil español, sigue teniendo uso y arraigo en algunas regiones de Derecho especial, donde los testadores, no queriendo a veces, por unas u otras razones, formular o precisar su última voluntad en el propio testamento, instituyen como herederos a persona o personas de su confianza (herederos de confianza) con encargo de destinar los bienes de la herencia a los fines que les comunicaron o les

• han de comunicar, ya en forma de instrucciones concretas o ya en términos generales, para que ellos las devuelvan y apliquen según los dictados de su conciencia.

Esta gama tan rica de instituciones jurídicas representativas de la fiducia testamentaria, nacidas y desenvueltas a través del largo proceso de desenvolvimiento del Derecho romano y en siglos posteriores, plantea en los Derechos modernos que total o parcialmente las han acogido, y sobre todo en los regímenes de legislación no codificada, como nuestros llamados Derechos Forales, el difícil problema de su limitación y el de la determinación de la naturaleza y efectos de cada una de ellas, siendo de notar a este respecto: 1.º Que el tratamiento de las mismas ha de ser presidido como regla fundamental por la sujeción a la voluntad de los testadores, que es norma primordial del derecho de sucesiones, a la que hay que estar en tanto no se oponga a las prescripciones de la moral y del Derecho; 2.º Que la cuestión, muy delicada, del carácter o consideración que haya de atribuirse al fiduciario, que en el caso del fideicomiso de herencia fué ya objeto de criterios indecisos y fluctuante en la doctrina romana (la cual nos muestra soluciones muy cumplidas, sobre la base de ser reconocida en el fiduciario una cualidad inicial de heredero *iure civile* y en el fideicomisario una condición de heredero *iure pretorio*, amparada por los medios procesales que garantizaban su situación y derechos en cuanto a la restitución de los bienes y el traspaso de las acciones hereditarias), da origen también en el Derecho romano, con relación a las herencias de confianza, a una dogmática de rasgos poco precisos, dominada por la separación de dos fases o aspectos diferentes; pues en el aspecto externo o formal y en la fase anterior a la revelación de la fiducia se estima que el fiduciario o heredero de confianza ostenta la condición de titular del patrimonio hereditario, mientras que en el aspecto interno material, y principalmente en la situación que se produce a virtud de la revelación de la confianza, se conceptúa que el confidenciario es una especie de mandatario de testador, mero depositario y ejecutor de la voluntad de éste, según las instrucciones de él recibidas; 3.º Que de este carácter jurídico que a la herencia de confianza se atribuye despréndese que, si bien en principio la declaración del fiduciario—que actúa como una especie de testigo calificado—constituye la prueba de la voluntad del testador, la cual, una vez manifestada, es la ley de la sucesión, ello no es óbice para que la revelación de la confianza deje de surtir pleno efecto, siempre que medien circunstancias adversas a la verosimilitud de lo adverado por el confidenciario; 4.º Que cuando por la revelación de una confianza no verdadera resulte acreditado que falta la base misma de la institución fiduciaria (como en el caso contemplado por la sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1906, en que los herederos declaran la confianza a favor de ellos mismos), o cuando por no haber llegado los fiduciarios a revelar la confianza resulte de imposible cumplimiento el fideicomiso ordenado por el testador y queda igualmente sin base la institución a favor del fiduciario, se produce la invalidez o caducidad de ésta y, como secuela, la del testamento mismo.

El régimen jurídico de la fiducia ofrece, sin embargo, características muy distintas y especiales cuando, en vez de confiar el testador al heredero fiduciario las instrucciones reservadas (verbales o escritas) relativas al destino de los bienes, se remite—como en el caso de estos autos—a las que puedan estar contenidas en algún escrito o memoria testamentaria, sin que pueda inferirse que la intención del testador haya querido establecer un ligamen esencial o de mutua condicionalidad entre la institución a favor del fiduciario y las instrucciones determinantes de la aplicación de los bienes hereditarios; pues en

estos casos—que, en realidad, quedan fuera del sentido estricto, tipificado por la doctrina, de la herencia de confianza—la posición del fiduciario se separa radicalmente de la del mero ejecutor, aproximándose, en cambio, a la del heredero instituido con cláusula modal; y ésta es la orientación que aparece reflejada en la sentencia de este Tribunal de 19 de noviembre de 1897, la cual al resolver acerca de un caso en el que cierto testador había nombrado por único y universal heredero a cierta persona para que dispusiera de los bienes, según instrucciones que el testador dijo que dejaría escritas y firmadas de su mano y letra, estableció que «la falta de las instrucciones que el testador dijo que dejaría escritas de su mano y letra no vicia o invalida la institución de heredero en el concepto en que fué hecha, ya porque la eficacia de la misma no depende ni se hizo depender de la existencia de aquélla, ya porque han podido extraviarse, ya porque se trata de un acto de libérrima voluntad del difunto, como era el dejar o no tales instrucciones escritas».

## Tribunal Especial de contratación en zona roja

SENTENCIA (NÚMERO 40) DE 4 DE OCTUBRE DE 1944.—*Artículo 8.º de la Ley especial.*

En el párrafo primero del artículo 8.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940 no se establece presunción alguna, sino que simplemente se consideran suspendidos los plazos contractuales a que se refiere en dos casos: Primero. Cuando alguna de las obligaciones derivadas de los contratos en que se hayan convenido dichos plazos *hubiera debido cumplirse* en zona sometida a la dominación marxista, y *no se hubiese cumplido*, condición esta última que, aunque no expresa en el texto del precepto legal, está contenida en él implícitamente, según el tiempo del verbo empleado en el mismo y según su interpretación lógica, que no puede llevar a suponer que ordene se duplique el cumplimiento de una obligación, ya cumplida en beneficio del acreedor, por la única circunstancia de haberlo sido en zona sometida a la dominación marxista; y Segundo. Cuando alguna de las partes, afectas al Glorioso Movimiento Nacional, se hubiese encontrado en dicha zona y por esta situación no hubiese podido hacer efectivo su derecho, condición ésta que tampoco se expresa en el precepto examinado, pero que es la razón de su existencia, según se consigna en el preámbulo de la Ley e indica también su interpretación lógica, ya que suponerle aplicable, aunque el contratante en zona roja hubiese hecho efectivo su derecho contractual, conduciría, como en el caso anterior, a un enriquecimiento por causa únicamente del azar, inadmisible en un contrato oneroso que sólo debe regirse por las normas de la justicia comutativa. La aplicación de un precepto legal, para la estimación de una demanda, exige que la situación de hecho alegada y probada como fundamento de la misma, coincida o, por lo menos, sea análoga a la prevista en el precepto, que en el contenido en el artículo 8.º citado se refiere, como se ha indicado, a los dos casos de existencia de una obligación contractual incumplida, voluntaria o involuntariamente, puesto que el precepto no distingue, y a la imposibilidad del ejercicio de un derecho de la misma clase, por la situación en zona roja del que le tuviese.

AUTO DE 7 DE OCTUBRE DE 1944.—*Carácter incondicional del desistimiento de la apelación.*

Facultado por los artículos 409 y 846 de la ley de Enjuiciamiento civil, el litigante que haya interpuesto una apelación puede desistir de ella en cualquier estado del pleito y, pudiendo contraerla a determinados extremos del fallo recurrido, no es dudoso que, aun cuando aparezca el recurso interpuesto en absoluto, lo es dable al recurrente excluir del mismo algunos de los pronunciamientos de la sentencia apelada dejándolos así consentidos y firmes; pero no es lícito, ni por consiguiente puede tener viabilidad ni eficacia, condicionar su pretensión de que se le tenga por apartado total o parcialmente del recurso con la de que de ello se sigan los efectos propios de los fallos que ganan firmeza al quedar consentidos, porque el desistimiento es un acto puro que no admite reservas ni condiciones que puedan contradecir el significado y finalidad que la Ley procesal le atribuye.

SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1944 (núm. 44).—*Art. 2.º Ley especial.*

El documento en el que la actora, en 1938, en Valencia, cedió la participación de su difunto marido en un negocio contra pago de determinada cantidad de pesetas resulta nulo, porque el demandado amenazó a la demandante con que si no le vendía la correspondiente a su fallecido esposo habría de quedarse sin nada, porque haría que la subsecretaría de Armamento del Gobierno rojo se incautase de la maquinaria y edificio propios de la Sociedad, amenaza del mal, creíble en el tiempo y zona de dominio rojo, de que por incautación de un organismo de tal índole de los bienes sociales se quedaría la actora sin percibir cantidad alguna.

LA REDACCIÓN.

# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económicoadministrativo Central de 2 de diciembre de 1941.*

EL DEPÓSITO DE VALORES CONSTITUIDO EN LA CAJA GENERAL DE DEPÓSITOS A LAS RESULTAS DE UN EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDADES POLÍTICAS ES LIQUIDABLE POR LOS CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN Y CANCELACIÓN DE FIANZA, SOBRE LA BASE DEL IMPORTE DE LOS VALORES Y NO DEL DE LA SANCIÓN IMPUESTA.

*Antecedentes.*—En el año 1939 el Jefe Superior de Policía depositó en la Caja general de Depósitos, a disposición del Presidente de la Junta Técnica de Hacienda, siete resguardos importantes 66.750 pesetas, expedidos a nombre de X, de otros tantos depósitos que éste tenía constituidos en el Banco de España.

En el resguardo de la Caja General de Depósitos figuraba la siguiente nota: Por orden del Juzgado de instrucción de... "queda embargado este depósito para responder de las responsabilidades civiles que puedan imponerse al Sr. X en el expediente que se le sigue en dicho Juzgado por diligencia de la Comisión provincial de incautación de bienes".

En dicho expediente el Sr. X fué sancionado por el Tribunal regional de responsabilidades políticas, e interpuesto recurso ante el Tribunal Nacional, fué, en parte, estimado y la sanción económica impuesta ascendió a 20.000 pesetas.

El interesado, una vez satisfecha la sanción, obtuvo la devolución del depósito referido, pero la Abogacía del Estado en la Caja General de Depósitos giró dos liquidaciones por el Impuesto de Derechos rea-

les, una por constitución y otra por cancelación de fianza al 0,60, sobre la base cada una de ellas de 66.750 pesetas, valor total de lo depositado.

Ambas liquidaciones fueron recurridas, argumentando el Sr. X lo siguiente: que los resguardos depositados habían sido incautados por el Jefe de Policía en el domicilio del recurrente; que en el supuesto de que el precepto aplicado hubiese sido el apartado 1) del artículo 17 del Reglamento es manifiesto el error de estimar el caso sujeto al impuesto, porque según la nota del propio resguardo, éste quedó embargado por orden del Juzgado para responder de la sanción pecuniaria que pudiera imponerse al recurrente, y, siendo así, no puede estar sujeto al impuesto porque el citado apartado solamente grava las anotaciones de embargo, secuestro y prohibición de enajenar cuando unas y otras deban practicarse en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil, y en el caso el Juzgado no dispuso, ni podía disponer, tal anotación; que tampoco es aplicable el apartado 2) del mismo artículo 17 porque se refiere a fianzas, y aquí se trata de un embargo, y, por fin, que en el caso de que fuera aplicable cualquiera de los dos apartados, se habría padecido el error de tomar como base de liquidación el valor total de los títulos comprendidos en los resguardos, en vez de tomar solamente el importe de la obligación garantizada, como dispone el mismo apartado 1) citado, cuya base en este caso era la de 20.000 pesetas.

El Tribunal Central confirmó las liquidaciones y razonó diciendo que la fianza, en términos generales y de cualquier clase que sea, tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación o asegurar la efectividad de las responsabilidades o sanciones en que se haya podido incurrir, y siendo ello así, hay que reconocer que el depósito constituido por el Jefe Superior de Policía tenía el carácter jurídico de fianza, puesto que el propietario de los valores estaba sometido a expediente de responsabilidad en el que se había decretado el embargo de sus bienes con el fin de asegurar las responsabilidades que pudieran imponérsele, y, en su consecuencia, el expresado depósito por la forma y por la ocasión de su constitución y por estar afectado por el embargo, tenía como finalidad el garantizar la efectividad de las sanciones que se pudieran imponer al reclamante, como en efecto se le impusieron; y en cuanto a los dos actos de liquidación por constitución y cancelación los juzgó existentes por aplicación de los artículos 17,

párrafo segundo y 41 y 47, éstos en cuanto disponen que el tributo se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le den y prescindiendo de los defectos de forma o intrínsecos que afecten a su validez.

En cuanto a la base liquidable, entiende el Tribunal que la tomada fué la procedente, según dispone el artículo 68 del Reglamento, porque fué el valor por el que la fianza se constituyó, y que el hecho de ser menor la sanción impuesta no pudo influir en dicha base, porque todos los valores del depósito estaban garantizando el resultado del expediente, aunque en definitiva no haya sido preciso proceder contra ellos para hacer efectiva la sanción por haber sido pagada directamente por el expedientado.

*Comentarios.*—Las cuestiones que el estudio de esta Resolución plantea son varias, y vamos a exponer los reparos u objeciones que a la solución dada se pueden oponer, reparos que alcanzan primariamente a la calificación del acto liquidable y después a la base que la oficina liquidadora tomó y que el Tribunal confirma.

La primera cuestión, pues, que el examen del caso presenta es la de determinar si nos encontramos ante un caso de embargo propiamente dicho o ante un acto que, con arreglo al derecho substantivo, deba ser calificado como "fianza".

Ateniéndonos al contexto literal de la nota consignada en el propio resguardo de depósito no puede ofrecer duda que se trata de un embargo de valores decretado por la autoridad judicial al conocer de un expediente de responsabilidades políticas: "por orden del Juzgado de...—dice la nota—queda embargado este depósito para responder de las responsabilidades civiles que puedan imponerse al Sr. P. de S. en el expediente administrativo que se sigue en dicho Juzgado..."

Si a eso añadimos que el embargo es precisamente la traba o afección que la autoridad competente acuerda sobre ciertos bienes con el fin de declararlos afectos al cumplimiento de responsabilidades del dueño de ellos, presentes o futuras y concretadas de presente o concretables en su día, tendremos que concluir que la calificación del acto tiene que ser la de embargo propiamente dicho.

Hecha esa calificación y dando un paso más, se presenta esta otra: ¿El embargo puede ser asimilado a la fianza? El problema así planteado nos parece de solución sencilla: son dos figuras jurídicas de na-

turaleza completamente distinta, cuando se consideran en su sentido propio y estricto, puesto que la fianza—el contrato de fianza—técnicamente y con arreglo al Código civil, nace, como sabemos, contractualmente y es la garantía personal que un tercero da para responder ante el acreedor del cumplimiento de una obligación en el caso de que no la realiza el deudor principal; pero en sentido amplio y corriente, y desde luego ante el Reglamento del Impuesto, fianza es toda caución o garantía de cumplimiento de una obligación, y así el Reglamento, la Tarifa y la Ley, tanto al determinar los actos sujetos como al regular su liquidación—artículo 2.º, núm. X de la Ley, número 28 de la Tarifa y artículo 17 del Reglamento—se refieren a las fianzas de “carácter pignoraticio o personal”.

Es, por consiguiente, perfectamente reglamentario en el caso discutido calificar como fianza, a los efectos tributarios, el acto que nació como embargo judicial de bienes muebles. Con ello desaparece y se esteriliza el argumento fundamental que esgrimió el recurrente al razonar diciendo que por tratarse de un embargo de muebles, el acto no estaba sujeto al impuesto, porque para someterlo a tributación, el párrafo primero del artículo 17 del Reglamento, único aplicable, exige que las anotaciones a que él se refiere “deban practicarse en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil”, y aquí ni el Juzgado dispuso la anotación ni tenía por qué anotarse el embargo.

La otra cuestión que el asunto presenta es la de determinar cuál deba ser la base liquidable. El Tribunal, confirmando el criterio de la Abogacía del Estado, sienta el criterio de que esa base debe ser la del valor total de los bienes comprendidos en el resguardo de depósito, cuya cuantía era muy superior a los 20.000 pesetas en que consistió la sanción impuesta al recurrente.

El texto a discutir está claro y es el del apartado 1) del artículo 68 del Reglamento, que no hace sino repetir lo ya consignado en el artículo 17 del mismo Reglamento: la base liquidable en las anotaciones referidas es “el importe de la obligación total que con ellas se garantice”; luego si la multa impuesta fué de 20.000 pesetas, ésa y no otra tiene que ser la base liquidable.

Frente a ese tajante argumento, cabría decir que, supuesta la calificación de fianza dada al acto, y no la de anotación, el precepto aplicable no es el citado apartado del artículo 68, sino su apartado 2), cuando dice que en la constitución y cancelación de fianzas la base li-

quidable es "el valor por que se constituyan, aun cuando el señalado a los bienes sea menor que el fijado a la fianza".

Admitimos toda la fuerza que la cita y el argumento puedan tener y decimos que no los consideramos efficaces para contrarrestar nuestra tesis, porque ni el espíritu ni la letra del precepto ni tampoco el fundamento general del impuesto autorizan a pensar que la base de liquidación en un acto de garantía pueda ser mayor que el importe de la obligación garantizada.

El espíritu del artículo 68 está bien claro en su párrafo primero al decir que la base de la anotación es el importe de la obligación garantizada, y su sentido no está contradicho en el párrafo segundo, puesto que no dice que se tomará el valor de los bienes en que la fianza consista, sino "el valor por que se constituyan", o sea, la cantidad afianzada, "aun cuando el fijado a los bienes sea menor que el señalado a la fianza", lo cual quiere decir que, en todo caso, la base es el equivalente de la obligación garantizada, aunque con mil se afiance por diez mil.

Esto último nos parece duro y de no fácil defensa en la esfera de los principios, pero así lo establece ese artículo 68.

Nuestro punto de vista aún se puede reforzar con este otro argumento: al pago del impuesto por la constitución de fianza está obligado el favorecido con ella o adquirente del derecho, y siendo la razón fundamental del impuesto el aumento patrimonial que la adquisición suponga, ¿qué aumento de patrimonio o qué enriquecimiento supone para el contratante favorecido con la fianza el mero hecho de que a la responsabilidad de mil se afecte lo que valga cinco mil? Y otro tanto se puede decir de la cancelación, ya que, en tal momento el obligado al pago del impuesto es el fiador, y éste no se libera más que del importe de lo garantizado.

No hay, en conclusión, términos hábiles para deducir que en ningún caso autorice el artículo 68 citado para tomar como base liquidable en la fianza otra que la de la obligación total garantizada.

*Resolución del Tribunal Central de 9 de diciembre de 1941.*

LA RENUNCIA DE LA HERENCIA HECHA POR LOS HERMANOS Y COHE-  
REDEROS DEL HERMANO FALLECIDO EN REPRESENTACIÓN DE  
ÉSTE, RESPECTO A LA PORCIÓN QUE AL MISMO CORRESPONDÍA  
EN LA HERENCIA PATERNA, Y QUE AQUÉLLOS SE ADJUDICARON  
COMO HEREDEROS DEL PADRE, ¿NO TIENE EFICACIA A LOS EFEC-  
TOS FISCALES Y EL IMPUESTO HA DE PAGARSE POR LAS DOS  
TRANSMISIONES, UNA DEL PADRE AL HIJO FALLECIDO Y OTRA  
DE ÉSTE A SUS HERMANOS COMO HEREDEROS ABINTESTATO?

*Antecedentes.*—El padre falleció en junio de 1936 bajo testa-  
mento, en el que nombra herederos a sus ocho hijos y mejora a cu-  
atro de ellos.

En noviembre del mismo año fallece uno de los hijos, y sus siete  
hermanos son nombrados sus herederos abintestato en el correspon-  
diente auto de declaración de herederos.

En 1939, y por escritura pública, los siete hermanos supervivien-  
tes hacen constar que están seguros de su derecho a suceder en la he-  
rencia de su hermano y que no habiendo hecho éste gestión alguna  
en la herencia de su padre, él—el hermano fallecido, *representado por*  
*los comparecientes*, renuncia pura y simplemente la herencia de su  
padre, de modo que en virtud de tal renuncia, sus derechos en la he-  
rencia del padre acrecerán a los coherederos sus hermanos y no pasará  
derecho alguno de la herencia paterna al mencionado hijo.

En otra escritura posterior se formalizaron las operaciones parti-  
cionales de la herencia del padre, que era importante, adjudicándose  
los bienes los siete hijos supervivientes como si el hermano premuer-  
to no hubiera existido, es decir, estableciendo el tracto sucesorio de  
toda la herencia entre el padre y los dichos hijos: y en la misma fecha  
otorgaron otra escritura en la que los mismos siete hermanos acepta-  
ron la herencia de los bienes propios de su hermano y se los adjudici-  
aron por séptimas partes.

Presentadas ambas escrituras a liquidación del impuesto, el abo-  
gado del Estado giró las liquidaciones correspondientes en la herencia  
del padre a favor de los ocho hermanos y no de los siete, y como ca-

pital de la herencia del hijo fallecido computó, no solamente sus bienes propios, sino también la parte que legalmente le correspondía en la herencia de su padre.

Los hermanos supervivientes impugnaron las liquidaciones, alegando que era erróneo suponer que el hijo fallecido había adquirido parte de la herencia de su padre, y razonaron diciendo que esta parte de la herencia había pasado directamente a los coherederos sus hermanos, en virtud del núm. 3.º del artículo 1.000 del Código civil, y que, por consiguiente, se había infringido lo dispuesto en el apartado 16) del artículo 31 del Reglamento del Impuesto, el cual determina que en el caso de renuncia en él previsto, no hay más que un acto de transmisión hereditaria liquidable al tipo que sea aplicable al renunciante por su parentesco con el causante, salvo que al favorecido con la renuncia le corresponda tipo mayor en razón de su propio parentesco con el mismo causante.

A esta argumentación añadieron después de los derechos del hermano fallecido en la herencia paterna fueron válidamente renunciados y no pudo pasar a sus herederos derecho alguno proveniente de tal herencia; que dichos herederos pudieron formalizar la aceptación o la repudiación con la misma eficacia que si hubiera sido hecha por el heredero directo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 659 y 661 del Código civil, y que en el Registro de la Propiedad no eran inscribibles a favor del repetido hermano los bienes de la herencia de su padre.

El Tribunal provincial desestimó la reclamación diciendo que es un hecho gratuitamente afirmado el de que el hermano muerto no gestionó como heredero de su padre y que no puede darse validez a la renuncia hecha por los mismos reclamantes a su favor.

El Tribunal Central confirma el criterio del provincial, si bien por distinto razonamiento. Dejando a salvo—dice—la ficción legal de que la renuncia de herencia se haga por el heredero fallecido y en su representación por los herederos del mismo, ejercitando el derecho del artículo 1.006 del Código civil, es lo cierto que la repudiación se causó por un acto voluntario de los favorecidos con la renuncia, por ser ellos los coherederos con derecho a acrecer, y con la circunstancia, además, de que han aceptado la misma herencia que renuncian en nombre del premuerto, sin que de la escritura particional se deduzca razón alguna para rechazar tal herencia, no pretendiéndose, por lo tanto, en

definitiva con la repudiación otro efecto que dejar de satisfacer el impuesto; y conforme a esas razones, debe entenderse que el caso no se halla expresamente comprendido en el artículo y párrafo citados del Reglamento.

Aun en el supuesto—continúa diciendo el Tribunal—de que se admitiera otra interpretación del precepto reglamentario, ha de tenerse en cuenta que el derecho de repudiación, ejercitado en representación del hermano difunto, nace del artículo 1.006, conforme al cual si el heredero muere sin aceptar ni repudiar, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía, y como la renuncia dicha se formuló en 23 de mayo de 1939, cuando los reclamantes no habían sido declarados herederos abintestato del hermano en cuyo nombre renunciaban, puesto que lo fueron por auto posterior, y no se ratificó expresamente la renuncia en las escrituras de partición, es forzoso concluir, sin prejuzgar la eficacia civil de aquélla, que fiscalmente no puede ser admitida por falta de justificación del carácter de herederos de su hermano renunciante.

A la precedente afirmación—termina diciendo el Tribunal—no obsta el que en la escritura de repudiación se diga por los interesados que están ciertos de su derecho a suceder al hermano, pretendiendo así dar cumplimiento al artículo 991 del Código civil sin otra prueba de la condición de herederos, toda vez que lo que el artículo establece es que nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia, y, por el contrario, la manifestación hecha por los otorgantes se refiere al derecho a la herencia de su hermano y no al derecho de éste a la del padre, que es la manifestación jurídica a la que sería de aplicación el mencionado artículo 991, por ser esta última transmisión en la que se produce la renuncia.

*Comentarios.*—De la detallada exposición de hechos que acabamos de hacer, se desprende que el problema planteado es una cuestión fundamentalmente de derecho civil sucesorio, aunque no deje de ser también problema de derecho fiscal. Estudiemos, pues, primeramente ese aspecto fundamental.

Los recurrentes empiezan por plantear su tesis, o, mejor dicho, empezaron ya por enfocarla desde el primer momento, en la escritura en que hicieron la renuncia, descentrando deliberadamente el problema civil con vistas a una finalidad fiscal preconcebida. Allí, en efecto, di-

jerón que el hermano fallecido, *representado por los comparecientes*, renunciaba pura y simplemente la herencia de su padre, y reafirmaron el desenfoque en el escrito formalizando el recurso, diciendo que el acuerdo de renuncia estaba adoptado por quienes tenían la legítima representación de los derechos del fallecido, es decir, que ellos actuaban como si él existiese.

Con ello se quería dejar sentado que quien renunciaba era el hermano, y, por consiguiente, que ningún derecho de la herencia del padre había pasado a la del hijo fallecido, y que la parte renunciada la adquirían, no del hermano, sino del padre, y, en definitiva, que, puesto que de una única transmisión se trataba, cual era la del padre a los hijos supervivientes, no había razón para liquidar, en cuanto a esa parte de herencia se refiere, ni la transmisión del padre al hijo fallecido, ni la de éste a sus hermanos.

Conforme al Código civil, no es posible sostener semejante teoría respecto al derecho de renuncia, porque los artículos 659 y 661, citados por los reclamantes, y el 1.006, invocado por el Tribunal Central, no permiten sustentar el criterio de que los herederos renunciantes actúan, no por derecho propio, sino en nombre y como representantes legales del fallecido, de tal manera que es éste, y no aquéllos, quien renuncia. Lo que dicen dichos dos primeros artículos es que la herencia comprende todo el patrimonio activo y pasivo del causante, y que los herederos *sucedén* al difunto en todos sus derechos y obligaciones, y el 1.006 dice que cuando un individuo muere sin aceptar ni repudiar una herencia, *pasa* a sus herederos el mismo derecho que él tenía para aceptar o repudiar, lo cual conduce a una conclusión muy distinta de la pretendida, puesto que si la herencia comprende todos los derechos del causante—art. 659—, si en ellos *sucedén* sus herederos—art. 661—y si entre tales derechos está el de aceptar o repudiar, en él habrán *sucedido* dichos herederos; luego cuando lo ejerciten no pueden decir que no ejercitan un derecho propio y que quien renuncia es el causante y no ellos, y que lo hacen actuando en nombre de él.

Esto por lo que hace al sentido de esos dos artículos. Y si ahora pasamos al artículo 1.006 nuestra conclusión es aún más aplastante, si cabe, puesto que el derecho de renunciar o repudiar no ejercitado por un causante, *pasará*, dice ese artículo, a sus herederos, y ello vale tanto como decir, evidentemente, que lo adquieran éstos y que entra en su

patrimonio, e impide sostener que al ejercitarlo se obra ejercitando derechos ajenos.

De las citas y razonamientos que acabamos de hacer se desprende con perfecta lógica y claridad que la discutida renuncia que se dice hecha por el heredero fallecido, representado por sus siete hermanos, es nula e ineficaz, y que la porción hereditaria paterna entró en el patrimonio de aquél; y como sus siete hermanos supervivientes aceptaron, a su vez, su herencia, queda demostrado que existieron las dos transmisiones puestas en tela de juicio y que las liquidaciones giradas como consecuencia de tal supuesto fueron procedentes.

Pero nosotros vamos aún más lejos, y decimos que de los razonamientos expuestos se deduce que los verdaderos renunciantes son los hermanos recurrentes, y que, como al mismo tiempo que renuncian a la discutida porción hereditaria de la herencia paterna aceptan y se adjudican la totalidad de esta misma herencia, es absurdo pretender que les pueda beneficiar lo dispuesto en el mencionado apartado 16, el cual está dictado para el supuesto de que la renuncia beneficie a persona distinta del renunciante, y, por fin, añadimos que sería aún más absurdo pensar que ese precepto, dictado para evitar que el impuesto sea burulado, pueda ser aplicable precisamente para lo contrario de lo que lo concibió el legislador.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ-VILLAMIL.  
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

## V A R I A

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS (JOAQUÍN) : *La concepción institucional del Derecho*.—Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1944.—Páginas, 489.

I.—En magnífica presentación, acaba de salir a luz la tesis doctoral del profesor auxiliar de la Universidad Central Sr. Ruiz-Giménez, tesis doctoral más en estilo francés que germánico, es decir, obra de madurez científica y de considerable extensión. El tema del esmerado trabajo procede asimismo de Francia: se trata de la figura de la "institución", esbozada en la vecina República por el maestro tolosano Hauriou. Mas si el origen próximo arraiga en Francia, el origen remoto reside en la *Perennis Philosophia*, y he aquí la conexión estrecha del tema de la magistral monografía con la persona del autor, que a sí mismo se califica "soldado de la Iglesia" (pág. 9). En efecto: la institución, forjada como instrumento especial dentro del Derecho administrativo, se ha convertido poco a poco en una concepción institucional del Derecho, que cohonesta los intereses del individuo y los de la colectividad dentro de un orden cristiano. En testimonio del progreso continuo y paladino de la concepción institucional en todas las esferas del Derecho, hacemos mención de la teoría procesal del Sr. Guasp, que en sus monumentales *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil* (tomo I, 1943, págs. 22 y 23) nos brinda un nuevo ejemplo de la fuerza atrayente y multifacética de la noción mencionada. Frente a un concepto que reclama ser basamento de todo el Derecho y que de hecho ya se aplica en múltiples materias, toda atención es poca, y es por ello por lo que el estudio del Sr. Ruiz-Giménez, además de su valor intrínseco, es altamente oportuno.

La obra consta de una Introducción y dos Partes. La "Introduc-

ción" pone de relieve el espíritu cristiano de la corriente institucional, su dimensión filosófica, y fija la terminología y el plan de la monografía. La "Primera Parte" contiene la investigación histórica. Su primer capítulo se institula "De la institución a la concepción institucional del Derecho". El segundo coloca la concepción institucional del Derecho en la coyuntura filosófica contemporánea. La "Segunda Parte" se dedica a la labor sistemática. El primer capítulo analiza los rasgos esenciales de la concepción institucional; el segundo trata de la analogía y Derecho; el tercero se ocupa de la persona e institución, y el cuarto se consagra al orden jurídico.

II.—Bajo la influencia de los dominicos Lachance y Renard, canadiense el uno y francés el otro, el Sr. Ruiz-Giménez enriquece la Filosofía del Derecho con el concepto lógico y metafísico de la analogía. Este concepto es de tal importancia, que los mencionados autores, en lugar de la concepción institucional, hablan de una concepción analógica del Derecho. La sugerencia se debe a Lachance. A continuación Renard publica en los *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique* (1935) un artículo que se llama "De l'institution à la conception analogique du Droit". Y el Sr. Ruiz-Giménez confiesa (pág. 56) haber titubeado si como título de su obra era preferible el vocablo *concepción analógica* al término *concepción institucional* del Derecho. Creemos, por tanto, de interés que relatemos a nuestros lectores los rasgos esenciales de la noción de la analogía, a fuer de vernos obligados de escoger entre tantas páginas igualmente admirables las probablemente más ignoradas por el público (1).

Un nombre puede abarcar varios conceptos iguales en determinado aspecto. En esta hipótesis se llama la denominación *unívoca*. Ejemplo: el nombre "animalidad" abarca igualmente los conceptos de gato que de perro. Existe la relación de especies a género. Un nombre puede significar conceptos o cosas completamente distintos, debiéndose sencillamente a una pobreza de la lengua el empleo de la misma palabra. En esta hipótesis hablamos de *equivocidad*. Ejemplo: entre la "osa", mamífero plantígrado, y la "Osa", constelación sideral, o entre el "lobo", animal carnívoro, y un "lobo" marino, hay pura equivocidad. Ocupando un punto intermedio hállanse las *cosas análogas*, es decir, aquellas que poseen igual nombre y en las que la esencia propia

(1) Véase a lo que sigue págs. 258 y siguientes.

de cada una es simplemente diversa—en lo que se aproximan a la equivocidad—, pero semejante en un cierto respecto, según alguna proporción, con lo que se acercan—aunque guardando de este polo mayor distancia que del otro—a la univocidad. En resumidas cuentas: los términos análogos pueden ser definidos como aquellos cuyo nombre es idéntico, pero en los que la razón por el nombre significada es simplemente diversa, aunque igual en un cierto respecto. La analogía se relaciona con los analogados, no como el género y las especies, sino como un concepto y sus modos. Ejemplo de un término análogo: una persona ríe y una pradera ríe.

Los modos de la analogía pueden desplegarse en un plano lógico y en otro metafísico:

1.º MODOS LÓGICOS DE LA ANALOGÍA.—Podemos distinguir una *analogía propia* (si la predicación formal “simplemente diversa” se encuentra en todos los analogados según su significación genuina; verbigracia: “la cantidad es a su ser como la cualidad al suyo”, o “Dios es a la generación del Verbo como el hombre es a la generación humana y como el intelecto es a la generación del concepto”) y una *analogía metafórica* (cuando en todos los analogados se encuentra aquella predicación diversa, pero tomada en significación impropia; verbigracia: “el ojo es al cuerpo lo que el intelecto es al alma”), aparte aquellos otros tipos de analogía en que la predicación formal básica no se encuentra más que en algunos de los analogados, ya solamente en uno: analogía de *uno a uno* (verbigracia: el bien creado respecto al bien increatedo), ya en varios: analogía de *muchos a uno* (verbigracia: la toga universitaria, la muceta universitaria, el bonete universitario... al profesor de Universidad, o la madurez, la riqueza y la sobriedad respecto a la contemplación filosófica).

2.º MODOS METAFÍSICOS DE LA ANALOGÍA.—Se distinguen la *analogía de atribución* y la *analogía de proporcionalidad*.

a) *Analogía de atribución*.—La analogía de atribución es aquella en que, habiendo identidad de nombre, la esencia que éste designa está intrínseca y formalmente sólo en uno de los analogados, mientras que en los otros se halla extrínseca y nominalmente por relación de proveniencia o de fin con un término, según razón absolutamente diversa. Extiéndese sobre este punto el Doctor Angélico, principalmente en sus comentarios al Estagirita, hasta demostrar que aquellas cosas que convienen se atribuyen unas veces a un mismo fin, como “lo

sano" respecto de la salud; otras veces se predicen de un mismo agente, como se llama médico o medicinal al que opera sin ciencia, pero con disposición natural, y también al instrumento adecuado; y otras veces se hace por atribución a un mismo sujeto, como el ser se dice de la sustancia, de la cantidad, de la cualidad y de otros predicamentos.

b) *Analogía de proporcionalidad*.—Ésta liga, por el contrario, cosas en las que por debajo de la comunidad nominal hay una participación intrínseca en la misma razón, que será en cada uno de los analogados absolutamente diversa, pero igual o semejante en un cierto respecto, proporcionalmente. G. Renard ha dicho que en este tipo de analogía "todos los términos análogos hacen círculo en torno a la razón expresada por el nombre". Esta es la analogía característica del ser. Todas las cosas son, pero cada una de un modo distinto. Dios es en sí y por sí; las criaturas son por Él. La sustancia existe *in se*; los accidentes, *in alio*. Otro ejemplo: "la vista es a ver como el oído a oír". Finalmente sea dicho que la analogía es un concepto autológico, es decir, aplicable a sí mismo. Las distinciones no son especies del género *analogía*, sino simples modos que usan analógicamente el vocablo *analogía*.

La importancia filosófica de la analogía reside tanto en la Ontología, en la que nos hace comprender la estructura del ser, como en la Teodicea, ya que todos los atributos de Dios son analógicos.

En la Filosofía del Derecho la analogía es asimismo un concepto fundamental. Lachance y Renard coinciden, por ejemplo, de manera absoluta en que entre la ley, lo justo y el derecho subjetivo se da una mera analogía de atribución. La *ratio juris* se da intrínsecamente sólo en "lo justo objetivo", mientras que los demás analogados (norma jurídica, facultad jurídica, ciencia jurídica, voluntad y sentimientos justos, sentencia justa...) participan del nombre por su proporción o relación con ese primer término fundamental, cuya esencia debe ponerse en la definición de todos los otros. El concepto de derecho, considerado en toda su extensión, no es genérico, sino analógico, y la única unidad que encierra es la engendrada por la analogía. También el vocablo "institución" se emplea analógicamente.

No cabe duda que el concepto de analogía debe producir "una revolución en la lógica del Derecho"; obliga a un pensamiento lógicamente limpio y ontológicamente fértil.

III.—Nos despedimos de la obra magistral del Sr. Ruiz-Giménez,

en atención del poco espacio disponible. Lo hacemos sintiéndolo mucho, ya que se trata de un estudio erudito y original, que—no lo dudamos—hará época en la Filosofía del Derecho. Por ello precisamente nuestra despedida pierde de amargura. Sabemos que dentro de poco la monografía del egregio yusfilósofo hará su aparición en muchos libros, fecundados por ella, donde podemos saludarla de nuevo, agradecidos siempre por los servicios prestados.

#### DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN LA ARGENTINA.

I. DERECHO PENAL.—Dos interesantes monografías nos llegaron desde la República platense acerca de la dogmática penal. La primera trata de la *Aplicación de la ley penal y concurso de leyes*, y se debe a la pluma de D. Ernesto R. Gavier (Córdoba, 1941; 72 páginas). El estudio analiza consecutivamente cinco materias: la aplicación de la ley penal y la tarea técnica del Juez; el llamado concurso de leyes; la desarmonía doctrinal en el tema del concurso de leyes; la posición de Sebastián Soler, y el sistema del Código penal en materia de concurso de leyes.

El Sr. Gavier, edificando sobre los trabajos de Beling y de Soler, distingue tres posibles relaciones entre las diferentes normas punitivas: relaciones de exclusividad, de especialidad y de neutralidad. Las primeras dos son lógicas; la tercera es meramente jurídica, y se desdobra, a su vez, en subsidiariedad y consunción. El hurto y el asesinato se excluyen; el conyugicidio es especial frente al asesinato; el ejercicio ilegal de la medicina es subsidiario respecto al aborto o al homicidio culposo; la traición consume a la conspiración. El concurso de leyes es, por consiguiente, siempre aparente; en realidad, una sola norma resulta aplicable. Por ello se distingue el concurso de leyes de la concurrencia ideal, en la que una sola conducta cumple simultáneamente dos normas penales. El hundimiento de un barco puede constituir a la vez una estafa frente a la entidad aseguradora y un homicidio respecto a la tripulación. El libro del Sr. Gavier informa y forma a la par: informa acerca de doctrinas y Derecho positivo, y forma en los lectores un espíritu conciso de excelente jurista, por irradiar poderosamente esta cualidad.

Don Ricardo C. Núñez acaba de publicar un trabajo acerca de *Los*

elementos subjetivos del tipo penal, "famosissima questio" en la ciencia del Derecho Penal (Buenos Aires, 1943; 83 páginas). El autor construye el delito penal como conjunto de tres requisitos: acción, ilicitud y culpabilidad. La acción puede consistir de una conducta externa, o de ella y determinados elementos subjetivos. He aquí los elementos subjetivos del tipo legal. Estos elementos no condicionan la ilicitud de la acción como sostienen numerosos autores, ni forman parte de la culpabilidad conforme opinan otros, sino se infiltran en la conducta. Si, por ejemplo, la ley argentina número 12.331 castiga en su artículo 18 a quien contagia una enfermedad venérea transmisible, sabiéndose afectado por ella, el conocimiento de la propia enfermedad venérea es un elemento de la acción. La culpabilidad consiste en saber o ignorar por negligencia la transmisión de la enfermedad. La importancia práctica de esta tesis está en que las disposiciones del Código penal sobre error e ignorancia, dadas respecto a la culpabilidad, resultan inaplicables al elemento subjetivo del tipo. Sólo el error o la ignorancia excusables eliminan la culpabilidad. El elemento subjetivo, en cambio, desaparece a causa de cualquier error o ignorancia, por inexcusables que resultasen. La original monografía del Sr. Núñez pone de nuevo en tela de juicio una cuestión de interés general de la Filosofía de Derecho. Esperamos que halle la atención debida a la que es acreedora por su indudable valor intrínseco.

II. DERECHO PROCESAL PENAL.—La *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba* (año XXXI, núm. 2) nos informa acerca de las tentativas legislativas estadounidenses de unificar el Derecho procesal penal. La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica ha adoptado, el 20 de diciembre de 1937, reglas federales sobre Procedimiento civil, que están en vigor desde el 16 de septiembre de 1938. Una ley del Congreso de 1.º de julio de 1940 ha autorizado a la Corte Suprema para dictar también reglas de procedimiento federal en lo criminal, y el Comité Consultivo, que colabora en la elaboración de dichas reglas, ha publicado un anteproyecto que constituye, en estos momentos, un objeto de discusión y de crítica. Wendell Berge, uno de los más altos funcionarios del departamento de Justicia de aquel país, expone en un artículo, intitulado "The proposed rules of criminal procedure", publicado en la *Michigan Law Review* (tomo 42, 1943, págs. 353 a 382), las disposiciones contenidas en este anteproyecto, después de haber subrayado la necesidad de reglas uniformes y

las ventajas del método de la promulgación judicial de reglas de aplicación general. Las reglas propuestas forman en su conjunto un Código de procedimiento penal, aunque no del todo completo, particularmente en materia de las pruebas. Ellas se dividen en varios grupos relativos al procedimiento preliminar, a la acusación, a la preparación del debate, al debate mismo, a la sentencia, a los procedimientos suplementarios y especiales, a la apelación y a ciertos principios generales. El Comité Consultivo presentó entretanto a la Corte Suprema un proyecto definitivo, que no discrepa esencialmente del anteproyecto.

REPERTORIO CRONOLÓGICO DE LEGISLACIÓN "ARANZADI". — Hemos recibido las entregas semanales números 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup> del corriente año, compuestas de 80 páginas cada una, en las que se insertan todas las disposiciones de interés general publicadas en los periódicos oficiales hasta el día 8 y 11 de enero, respectivamente, entre ellas la Ley de Reforma Hipotecaria. Además, transcurrido el plazo de suspensión de seis meses que estableció la Orden de 5 de julio último para la publicación del Reglamento Notarial, se empieza la inserción de este Reglamento en la primera entrega y se termina en la segunda, incorporando a su texto las rectificaciones aparecidas con posterioridad.

LA REDACCIÓN.