

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XX

Junio de 1944

Núm. 193

La sociedad anónima como sujeto de la contribución de utilidades de la riqueza mobiliaria <sup>(1)</sup>

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES NECESARIOS

I.—Carácter de la Ley de 10 de noviembre de 1942:

- A) La «ratio legis» del artículo 5.<sup>o</sup> de la Ley de 10 de noviembre de 1942.—1. Fortalecimiento de la economía de las empresas y, por tanto, con beneficio del interés público y de una política de saneamiento monetario y defensiva contra la inflación.—2. Fortalecimiento de los ingresos fiscales.
- B) Eficacia intrínseca y objetiva del precepto. La «vis» como su especial virtud normativa.
- C) La «occasio legis»: ordenamiento jurídico transitorio.—No es creador de tributos, sino defensivo de los ya creados.—Coordinación tributaria.—Armonía entre la capacidad tributaria y el interés del Fisco.
- D) La Ley de 19 de septiembre de 1942 desarrolla, en parte, la Declaración VIII, 4, del Fuero del Trabajo. Además de intervenir la vida financiera de las empresas, se las utiliza como instrumento de una política económica y social, invadiendo el campo del Derecho Privado.—Cómo lo justifica y declara el Director general de Contribuciones y Régimen de Empresas.

II.—Norma interpretativa:

Las leyes tributarias son de interpretación restrictiva. Deben estimarse encuadradas en los límites del sistema tributario de que forman parte.

I.—CARÁCTER DE LA LEY DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1942 (2).

El artículo 5.<sup>o</sup> que motiva el presente estudio está impregnado de conceptos jurídicos, económicos financieros y contables, cuya conjugación armónica no siempre aparece acusada ni su verdadero con-

(1) Conforme prometimos a nuestros lectores en el número 190 de nuestra REVISTA, damos cuenta del cursillo que en la Cámara de Comercio dió el Doctor en Derecho D. Antonio Rodríguez Sastre.

(2) Artículo 5.<sup>o</sup> La supervaloración atribuida a partir de 30 de septiembre de 1942 a los elementos constitutivos del activo de las Empresas, aunque procedan

tenido o alcance técnico está precisado con exactitud en las propias Ramas de donde procede.

No concreta ordenaciones de conducta que deban tener efectividad cuando se den las hipótesis de hecho cuya determinación queda al arbitrio del Ministro de Hacienda como parte interesada y que, a su vez, debe interpretarlo y aplicarlo. No es una «ley en blanco» ni tampoco lo que los alemanes llaman «norma jurídica de autorización».

Lo expuesto exige investigar la «ratio legis», es decir, los motivos que determinaron el precepto, la razón que lo justifica y el fin que persigue; la «vis» como especial virtud normativa que tiene aquél, no derivada de la voluntad subjetiva de quien lo formuló, sino de la eficacia intrínseca y objetiva que adquiere cuando, con la formulación externa, se separa y se independiza de su autor; y la «occasio legis», particular circunstancia del momento en que se formula como norma nueva o derivada de otros principios generales precedentemente sentados.

Ello permitirá, además, conocer si es posible que el Ministerio de Hacienda, en aplicación de la expresada Ley, tenga que obrar sometiéndose a normas que resulten preestablecidas y que, por tanto, sea factible, en su caso que, contra sus resoluciones, se dé el recurso contencioso administrativo articulado contra las disposiciones ministeriales que deben dictarse con sujeción a facultades regladas.

de otras distintas, podrán no computarse—a ningún efecto—en la liquidación de las contribuciones que graven sus beneficios cuando, atendidas las circunstancias que en cada caso concurren, el mayor valor no tenga influencia en la obtención de dichos beneficios si tal supervvaloración no hubiera lucido en cuentas de Empresa sometida a los mismos gravámenes.

Del mismo modo se procederá respecto a los aumentos del capital no comprendidos en el caso anterior y posteriores a la indicada fecha que, dadas las características de su inversión, resulten innecesarios para la explotación normal del negocio.

Igualmente podrá no computarse la diferencia en más que, en su caso, exista entre el importe en que figuren valoradas las acciones o participaciones que una Sociedad posea, y por medio de las cuales ejerza el control de la entidad a que tales títulos o participaciones correspondan, y el valor desembolsado de éstos, más las partes proporcionales de las reservas que tenga constituida la entidad emisora; quedando autorizado el Ministro de Hacienda para liquidar las contribuciones sobre beneficios, considerando como unidad económica a la entidad que ejerza el control y a las que estén sometidas al mismo, mediante la consolidación o integración de sus respectivos balances y cuentas de resultados, o a integrar en la base impositiva de aquélla la expresada diferencia, en la parte proporcional que corresponda, en caso de absorción e incorporación total o parcial del activo de la Empresa o Empresas controladas.

Sin entrar a discutir el uso discrecional que el Ministerio puede hacer de la facultad que la ley le concede para obrar de una u otra manera cuando se den determinados supuestos, precisa conocer si aquella discrecionalidad o libre arbitrio para usar de la mencionada facultad, queda subordinada a la real existencia de los mentados supuestos.

Es decir, si sobre la existencia real o exacta determinación de aquellos supuestos actúa o no el libre arbitrio del Ministerio, o su facultad discrecional, por hallarse previstos explícita o implícitamente en leyes preexistentes que, por ser normativas, tanto de la conducta de los particulares como de la propia Administración, son la garantía jurídica que ampara contra una medida injusta o arbitraría.

A) *La «ratio legis» del art. 5.<sup>º</sup> de la Ley de 10 de noviembre de 1942*—Aceptando como motivos que determinaron el precepto, de la razón que lo justifica y el fin que persigue, los propios que el legislador declara a través de la presentación que hace por medio de su pórtico o preámbulo, los podemos clasificar en dos órdenes de ideas :

1. *Fortalecimiento de la economía de las empresas y, por tanto, con beneficio del interés público y de una política de saneamiento monetario y defensiva contra la inflación.*—En cuanto que con tal ordenamiento jurídico declara perseguir como objetivos específicos : Finalidad inmediata :

a) Evitar que las finalidades que pretende la Ley de 19 de septiembre de 1942 y, más concretamente, la buscada con la de previa autorización exigida para que las sociedades anónimas cuyo capital exceda de cinco millones de pesetas, amplíen el mismo—cuando no lo hagan totalmente con cargo a fondos de reserva o beneficios—, pueda ser burlada mediante la creación de empresas filiales—proceso desintegrador— o por concentración o absorción de empresas—proceso concentrador—, suponga o no constitución de nuevos entes jurídicos.

b) Poner freno a las tendencias inflacionistas en orden a la aportación de capitales y a la valoración de activos de las empresas.

c) Son «medidas precautorias tendentes a frenar operaciones de tipo francamente inflacionista», ha dicho el actual Director general de Contribuciones y Régimen de Empresas en sus declaracio-

nes a la Prensa, publicadas el 13 del pasado mes de abril de 1943

2. *Fortalecimiento de los ingresos fiscales.*—En cuanto confiesa como objetivos: Finalidad mediata:

a) Regular las repercusiones tributarias derivadas de las combinaciones financieras que permiten la existencia de entidades jurídicamente distintas pero realmente integrantes de una misma unidad económica.

b) Eliminar la posibilidad de que las aportaciones de capital y supervaloraciones que, en su caso, hayan sido atribuidas, en cuanto sean inoperantes, puedan tener repercusiones desfavorables para el Fisco e interés nacional.

«Son medidas precautorias tendentes a frenar manejos dirigidos a procurar evasiones»—ha dicho aquel Director general en las citadas declaraciones de la Prensa.

B) *Eficacia intrínseca y objetiva del precepto. La «vis» como su especial virtud normativa.*—Resalta al comparar las finalidades que como «ratio legis» han quedado expuestas, con los tremendos peligros que su aplicación entraña, al carecer de una específica ordenación de conducta.

Lo expuesto justifica que el preámbulo, como objetividad perseguida declare: «modus operandi» o garantía de que se cumplan las unas y las otras.—Regulación de su técnica:

a) Que la actuación administrativa no entorpezca la legítima iniciativa de las empresas por errónea interpretación de los preceptos de la ley o por un rígido automatismo en la aplicación de los mismos.

b) Que la resolución de cada caso ha de hacerse atendidas las circunstancias en el mismo concurrentes, con elevado y amplio criterio.

C) *La «occasio legis»: ordenamiento jurídico transitorio.*—*No es creador de tributos sino defensivo de los ya creados.*—*Coordinación tributaria.*—*Armonía entre la capacidad tributaria y el interés del Fisco.*—En cuanto se reconoce:

a) Que la citada Ley de 10 de noviembre forma parte de un ordenamiento jurídico «transitorio» iniciado con la Ley de 19 de septiembre de 1942.

b) Al declarar la Ley de 12 de diciembre de 1942 que la actual intervención del Ministerio de Hacienda en la vida financiera de

las empresas mercantiles traspasa la esfera puramente fiscal, si bien existe el obligado enlace por sus recíprocas influencias.

c) La necesidad de que la expresada intervención se ejerza a través del organismo central que tiene a su cargo la gestión de los tributos que fundamentalmente constituyen el gravamen de las empresas como tales.

d) Que, como la ley a que se refieren los dos anteriores apartados expone, es necesario conseguir la más completa coordinación de los impuestos que sobre las empresas recaen o de ellas se derivan, para lograr la adecuada armonía entre el interés del Fisco y la verdadera capacidad tributaria de aquéllos.

e) No es modificativa de la Ley de 22 de septiembre de 1922 sobre Contribución de Utilidades, reformada por la de 16 de diciembre de 1940, ni de la de Beneficios extraordinarios de 5 de enero de 1939, en vigor por la de 17 de octubre de 1941, en cuanto no crea nuevos impuestos o aumenta los ya creados sino que en interpretación de aquellas leyes intenta—según el preámbulo—evitar evasiones fiscales o perjuicios al Fisco, derivados de ciertas combinaciones financieras creadoras de entes jurídicos desintegradores de la Unidad económica, sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria, obligada a contribuir o eliminando la posibilidad de que las aportaciones de capital inoperante y las supervvaloraciones que en su caso hayan sido atribuidas, pueden tener repercusiones desfavorables para el Fisco y el interés nacional. No parece, sin embargo, que el articulado de la ley concuerde con esta finalidad declarada perseguir.

f) Ser la aplicación del principio general de Derecho, recogido por la jurisprudencia civil—SS. 27-6-1900, 16-6-1915 y 7-5-1927—de que en la calificación de los actos y sus efectos jurídicos debe estarse a lo que resulte de su propia naturaleza y no a los nombres que las partes les den, que rige también en derecho tributario, según doctrina sentada por las sentencias de 1 de diciembre de 1920, 6 de diciembre de 1921, 2 de marzo y 10 de abril de 1935 y, sobre todo, en la de 22 de junio de 1935, cuando dice: «El impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable».

D) *La Ley de 19 de septiembre de 1942 desarrolla, en parte, la declaración VIII, 4 del Fuero del Trabajo. Además de interve-*

*nir la vida financiera de las empresas se las utiliza como instrumento de una política económica y social, invadiendo el campo del Derecho privado. Como lo justifica y declara el Director general de Contribuciones y Régimen de Empresas.*—El profesor Garri-gues, en sus «Tres conferencias sobre el Fuero del Trabajo», pronunciadas en Italia, dice que «como una consecuencia importante del destronamiento del capital en el seno de las empresas, es la obligación impuesta por dicho Fuero a las empresas (VIII, 4) de aplicar los beneficios, una vez atendido un justo interés del capital, a la formación de las reservas necesarias para la estabilidad de las empresas, al perfeccionamiento de la producción y al mejoramiento de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores».

El primer párrafo del preámbulo de la Ley de 19 de septiembre de 1942, declara :

«La conveniencia de fortalecer, con beneficio también del interés público, la economía de las empresas que funcionan bajo el régimen de la sociedad anónima y demás de responsabilidad limitada, aconseja introducir en España una modalidad de reserva legal u obligatoria.»

La Orden de 7 de abril de 1943, reglamentando la aplicación de aquella ley, y de la de 6 de febrero de 1943, dispone, entre otras cosas, la materialización de dichas reservas en el Activo, en los valores que indica, los que materialmente son conservados por entidades extrañas a las empresas propietarias, quedando facultado el Poder público—apartado C) del núm. 12—para determinar que dichas reservas sean «empleadas por las propias empresas en fines de interés nacional».

Como complemento de cuanto queda expuesto nada mejor que copiar las declaraciones producidas por el Director general de Contribuciones y Régimen de Empresas, D. Alfredo Prados, y recogidas por la Prensa diaria, 13 de abril de 1943, que transcribo literalmente :

«El Ministro de Hacienda, como materia prima de su competencia, viene realizando una función interventora en relación con ciertos aspectos de la economía financiera de las empresas mercantiles, desenvolviendo y aplicando preceptos legales fundados en los principios del nuevo Estado que, con profundo sentido social, ponen la riqueza del país al servicio de los altos intereses de la Nación.

»*Nuestro Fuero del Trabajo dibuja ya claramente la función que a la empresa corresponde y a su subordinación al bien común; por ello, no obstante el respeto que la iniciativa privada merece como impulso vital de aquélla, se impone la necesidad de encauzar su actuación en el sentido que exija en cada momento el servicio a la suprema conveniencia nacional;* y esto, no sólo en virtud del dinamismo que trasciende de la declaración de principios de aquél, sino también por la misma fuerza de la realidad, que ha obligado a países de muy distinta ideología política a coincidir en la exigencia a las economías privadas de los servicios y sacrificios que también exigen, aunque en otro orden de relaciones, a las personas de sus ciudadanos.

»Las aludidas funciones que, en aplicación de los mencionados principios, venía ejerciendo el Ministerio de Hacienda, hacían estrecho el cometido encomendado a la Dirección general de Régimen Jurídico de sociedades anónimas.

»La misma denominación de este Centro resultaba ya inadecuada para cubrir el contenido de la misión que cerca de las empresas corresponde realizar a este Ministerio, pues ni tal misión se circunscribe al aspecto jurídico de las mismas ni se limita a las que adoptan la forma de sociedades anónimas.

»*Pero no es ésta la principal razón del cambio operado en este aspecto de la organización central del Ministerio de Hacienda al crearse la Dirección General de Contribuciones y Régimen de Empresas*—dice D. Alfredo Prados—, *sino la necesidad de coordinar las medidas de intervención financiera con las correspondientes a la esfera fiscal*, pues dada la recíproca influencia que unas ejercen sobre las otras, era obligado que ambos órdenes de materias se atribuyesen a la competencia de una misma dirección.

»*Las propias disposiciones dictadas para regular aspectos financieros de las empresas demuestran con frecuencia y bien claramente, el enlace que tales problemas tienen, por lo general, con la recaudación tributaria. Exponente de ello son, por ejemplo, la Ley de 19 de septiembre de 1942 y sus complementarias de 10 de noviembre del propio año y 6 de febrero del actual, en que, junto a la obligación para las empresas de constituir una reserva obligatoria, que habrá de quedar disponible para ser empleada por las mismas en fines de interés nacional, y la de solicitar autorización*

*administrativa para poder ampliar su capital y, en determinados casos, constituirse o realizar operaciones en territorio español, se establecen ya equitativas desgravaciones tributarias parcialmente compensadoras del sacrificio que la aludida política financiera impone, bien medidas precautorias, tendentes a frenar operaciones de tipo francamente inflacionista, o manejos dirigidos a procurar evasiones fiscales.*

»En la propia ley en que se da vida a la Dirección general de Contribuciones y Régimen de Empresas, se establece que los impuestos sobre emisión y negociación de acciones y obligaciones, que venían integrados en la ley del Timbre—más por circunstancias de hecho que por exigencias de técnica tributaria—habrán de tener sustantividad propia. Este precepto no tenía otra significación inmediata que dar estado legal a lo que la propia naturaleza de la imposición desglosada exigía desde el punto de vista del progresivo perfeccionamiento del sistema impositivo.

»La sustantividad propia a que se refiere la citada ley tiene ya existencia real por virtud de la recientemente dictada con fecha 13 de marzo corriente, que regula lo referente al denominado «Impuesto sobre valores mobiliarios».

»Pero lo hecho en relación con este extremo *no significa más que una etapa en el camino que conduce a la unificación en la tributación de las empresas*, suprema aspiración de éstas, que coincide con la tendencia que se marca con la creación del mencionado centro directivo.

»Así lo reconoce el preámbulo de la citada Ley de 13 de marzo actual, al expresar que ésta tiene por objeto recoger en un texto independiente las normas reguladoras de dicho impuesto, «en tanto se encajan en la tributación uniforme de las empresas».

*El bien común.*—Destaca el Director general de Contribuciones y Régimen de Empresas en las declaraciones leídas, que la función que a la empresa le corresponde se dibuja en el Fuero del Trabajo, dejándola subordinada al bien común, y que el desenvolvimiento y aplicación de los preceptos legales a que hemos hecho referencia, ponen la riqueza del País al servicio de los altos intereses de la Nación.

Ya hemos visto también cómo el primer párrafo del preámbulo de la Ley de 17 de septiembre de 1942 declara subordinar los men-

cionados preceptos a beneficiar el interés común. Es decir, todo está dentro del «bien común», que la ley trata de perseguir. ¿Qué es, pues, el bien común? Dejo la respuesta al P. Azpiazu, tomándola de su libro «Los Precios Abusivos ante la Moral», pág. 126:

«Pero el bien común no es una entelequia precisamente, ni algo que nada tiene que ver con el bien particular y con la libertad y la dignidad personal, sino que, por el contrario, es el bien que se deriva de la integración y coordinación de todos los bienes particulares o, por lo menos, de una gran mayoría de ellos; como que el bien común no sólo no puede oponerse al bien de las personas individualmente consideradas, sino que a él ha de contribuir.

»Precisamente por la confusión que en este punto reina en los últimos tiempos, los actuales Pontífices, sobre todo Pío XI, en sus encíclicas «Quadragesimo anno», de 1931, y «Divini Redemptoris», de 1937, han exaltado esta idea, que vuelve a recalcar sabiamente el actual Pontífice en la alocución radiada que al mundo católico dirigió el día mismo de Pentecostés (1 de junio) de este mismo año 1941. Entender de otro modo el bien común, tanto es como subordinar el hombre a la sociedad y no la sociedad al hombre.

»Luego, ¿nunca habrá obligación moral impuesta por la Ley civil? Impuesta por la voluntad del legislador, probablemente, no; impuesta por la Ley, en cuanto ésta determina un bien común que hay que cumplir bien, al cual estamos obligados antecedentemente a toda Ley, sí.

»Y ésta es la norma a que hay que atender principalísicamente en la Ley civil: el bien común, y de su infracción hay que determinar el quebrantamiento de la Ley.

»Y como el bien común es algo anterior a la Ley y a su promoción obligatoria para todos en conciencia, como nacida del fondo del «ser social» que es, por naturaleza, el hombre, y como ese bien es el que quiere promover y determinar el legislador justo, aparece el bien común como norma de medida en la obligatoriedad de la Ley civil.»

*El impuesto como instrumento al servicio de una política.*—Resulta, por tanto, que, en parte, la legislación iniciada el 10 de septiembre de 1942 no hace otra cosa que desarrollar el Fuero del Trabajo, Ley eminentemente social.

Bien podemos decir que el Ministerio de Hacienda, a través de

de naturaleza económica y financiera. Las finalidades secundarias de carácter políticoeconómico y políticosocial no solamente son posibles, sino que se las ve ligadas a normas tributarias. Así, por ejemplo, la política tributaria alemana, desde 1933, fomenta conscientemente el «empresismo» responsable frente a las sociedades de capital. Para compensar la exoneración que se concede a las familias numerosas se grava en mayor escala a los solteros. A veces una finalidad no económicofinanciera puede constituir finalidad principal. Así, por ejemplo, el impuesto sobre el patrimonio de los evadidos del Reich se estableció con objeto de evitar la emigración.

De otra parte, el motivo jurídico en que se fundamenta la percepción del impuesto hallase relacionado con la justificación del Estado. Aquella motivación es distinta según la concepción del Estado en las distintas épocas históricas :

1. Según la *teoría de la contraprestación* (teoría medieval), el impuesto constituye el precio de prestaciones estatales. El filósofo inglés Hobbes se expresaba diciendo era «*emptiae pacis pretium*».

Esta doctrina considera la relación entre Estado y ciudadano como una obligación recíproca de deuda. Surgió en el siglo xvii con el Derecho natural.

Afín a esta teoría es aquella otra sobre la creación del Estado por medio de un contrato societario libre de los ciudadanos (Rousseau, *Contrato social*). La teoría de la contraprestación, prácticamente, exige un escalonamiento de los tributos según los beneficios que el Estado concediera a cada ciudadano.

2. Según la *teoría del seguro*, el impuesto es una especie de prima por la protección estatal a vidas y patrimonios. Es la teoría tributaria del preliberalismo del año 1800. Exige un escalonamiento de la tributación con arreglo a la amplitud de la protección.

El importe del impuesto habría de apreciarse según la economía cambiaria; es decir, sobre un porcentaje en relación a los ingresos (principio de tributación proporcional).

3. Para la *teoría orgánica*, el impuesto (teoría del sacrificio) constituye un sacrificio necesario del particular en favor de la generalidad.

La idea de sacrificio se basa en la doctrina orgánica del Estado (Gierke), desarrollada en el siglo xix y arraigada en el Romantismo. Esta teoría del Estado ve en éste un todo vivo cuya utilidad

no es aplicable en el particular. La distribución de las cargas deberá hacerse, consecuentemente, según la capacidad de prestación de cada uno, y, por lo tanto, deberá aumentarse el porcentaje al aumentar los ingresos (principio de tributación progresiva).

La teoría orgánica del impuesto contiene un avance manifiesto frente a las teorías utilitarias expuestas en los números 1 y 2. Este criterio dominó las teorías financieras hasta la época actual.

4. Para la ideología nacionalsocialista, pagar los impuestos no constituye sacrificio, sino simplemente el cumplimiento del deber que la Naturaleza impone a cada individuo como tal y cuyas características se regulan por medio de las leyes del Estado. No están el pueblo a un lado y el Estado a otro, sino que el pueblo se encuentra y vive dentro de su Estado (Reinhardt).

Tal concepción nacionalsocialista hállase acorde con la concepción que el proyecto de Código Popular alemán tiene de lo que es la personalidad de un nacional que, como destacó el profesor Pérez Serrano en las conferencias que pronunció sobre el proyecto de Libro primero del futuro Código Popular alemán, en la Escuela Social de Madrid, «todos los nacionales han de dar a la comunidad popular, con su persona y con su patrimonio, lo que necesite aquélla para sostenerse y prosperar. Por lo tanto, habrán de prestar servicio de trabajo y militar, contribuir a las cargas públicas y cooperar a la vida de la colectividad popular activamente y con conciencia del deber».

5. Claro es que en Estado católico, que no puede apartarse en sus fundamentos de lo que es doctrina esencial de la Iglesia, no puede olvidar que ésta considera como errores peligrosísimos—véase la reciente Carta pastoral del Cardenal Segura sobre los principales errores modernos, publicada en *Ecclesia*, en el número correspondiente al 19 de febrero del año en curso—que se afirme que «el hombre no existe sino por el Estado y para el Estado». «Todo lo que él posea en Derecho se deriva de una concesión del Estado.» «El Estado, como voluntad ética universal, es creador del Derecho.» «El Estado es un absoluto ante el cual los individuos y los pueblos son el relativo.» «El Estado en una compleja e indes- tructible unidad, que no tolera otra soberanía que no tenga dentro de sí mismo, que no admite otro imperio que el de que de él

promana.» «Todo en el Estado. Nada fuera del Estado. Nada contra el Estado.»

## II.—NORMA INTERPRETATIVA.

*Las leyes tributarias son de interpretación restrictiva. Deben estar limitadas en los límites del sistema tributario de que forman parte.*—Es regla admitida y justa de interpretación que las disposiciones tributarias deben ser interpretadas conforme a su sentido estricto y literal, sin que sean lícitas interpretaciones extensivas, doctrina reiteradamente mantenida por la jurisprudencia española. Las leyes de carácter fiscal deben ser interpretadas restrictivamente (Ss. 30 de noviembre de 1904 y 14 de mayo de 1907 y Acuerdo del Tribunal Central de 25 de junio de 1936), no pudiendo serlo extensivamente en perjuicio del contribuyente (S. de 17 de enero de 1904).

El Tribunal Supremo italiano, en Sentencias de 18 de octubre de 1929 y 7 de febrero de 1930, mantiene la doctrina de que, probada la voluntad de observar la Ley, no es jurídico, equitativo ni siquiera materia fiscal estimar que el particular de buena fe está obligado a la interpretación más rigurosa de un texto legal oscuro.

*Coordinación tributaria.*—El procedimiento fundamental de que se sirve la interpretación lógica de la Ley tributaria consiste en la conexión sistemática de la Ley con las demás leyes, debiendo corresponder al fin de la norma jurídica de la distribución y observar el canon fundamental de la igualdad en la carga de los tributos.

Cuando la Ley permite un cierto arbitrio en su aplicación, ha de estimarse dentro del cuadro de los principios generales expresados por otras leyes que limiten prudentemente aquella finalidad de interpretación.

Débese buscar en aquéllas los elementos necesarios para completar el sistema equitativamente y obviar las imperfecciones dentro de los límites que consientan los criterios jurídicos de las citadas leyes, o, en su defecto, de los principios generales del Derecho financiero, captando el fin que se propuso el legislador. Ha de estarse al espíritu de la Ley como fuente interpretativa, dice la Sentencia de 30 de abril de 1903.

Como destaca el Inspector de los Servicios del Ministerio de

Hacienda, Antonio Saura (1), la Administración de la Hacienda suele interpretar las leyes y reglamentos con Ordenes ministeriales, resoluciones y circulares. Las instrucciones y circulares de un Director general tienen valor interno para la Administración y vincula sólo a los funcionarios, por su dependencia burocrática, a la interpretación dada por ellos, pero no obligan a los demás intérpretes de la Ley tributaria; por tanto, los Tribunales Económico-Administrativos y el Tribunal Supremo pueden prescindir de ellas. Las Ordenes no publicadas no obligan a los Tribunales (S. de 7 de julio de 1906).

Aclara dicho Inspector que, dentro de la denominación genérica de leyes (Ss. de 22 de junio de 1910 y 6 de febrero de 1913), no se comprenden sólo éstas, sino también los reglamentos, decretos, instrucciones, circulares y órdenes dictadas de conformidad con las mismas por el Gobierno, en uso de su potestad, y que un reglamento no tiene más alcance que hacer cumplir la Ley; no puede variar ésta, modificarla y derogar sus preceptos (Ss. de 3 de marzo y 8 de junio de 1911 y 22 de abril de 1913), careciendo de eficacia las disposiciones reglamentarias que no se limitan estrictamente al solo desenvolvimiento e interpretación de la Ley para cuya aplicación se dictan.

Ha de interpretarse, pues, el precepto objeto de nuestro estudio como formando parte del régimen tributario al que se incorpora, recordando que por el apartado f) del artículo 5.<sup>o</sup> de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940 se autoriza al Ministro de Hacienda «para refundir y articular, conforme al estilo tradicional de las leyes, el texto de la reguladora de la contribución sobre las utilidades».

*La epíqueya como medio de interpretar la Ley.*—Cuando nos encontramos con leyes como la que es objeto de nuestro estudio, carentes de previas normas con arreglo a las que ha de ajustar su conducta el contribuyente, razón por la cual vése la propia Ley en la precisión de declarar ser su propósito garantizar que la actuación administrativa no entorpezca la legítima iniciativa de las empresas, por errónea interpretación de los preceptos o por rígido automatismo en la aplicación de los mismos, razón por la cual la determinación que corresponda en relación con lo que la Ley preceptúa se

(1) «Economía Mundial», núm. 125 de 1943.

adoptará, en cada caso particular, por el Ministro de Hacienda, previo informe del Jurado de Utilidades (art. 6.º), *puede y debe acudirse a la doctrina de la epiqueya como virtud que interpreta y aplica prudentemente la Ley escrita en los casos y circunstancias no previstos por el legislador*, el cual, sin pretenderlo, contribuye, por los términos generales en que redacta la Ley, a que ésta sea injusta e inicua en determinadas circunstancias, o de personas, o de lugares, o de tiempo.

Al decir del P. Azpiazu en el libro antes citado, página 136 y siguientes, la doctrina de la epiqueya, como virtud importantísima que es, entra de lleno en la vida social y en las aplicaciones del Derecho, aun cuando, de ordinario, se concede poco valor a esta virtud importantísima y a las interpretaciones que de ella nacen.

Supone la epiqueya una interpretación de la Ley, no precisamente verbalista y literal, sino de alto sentido y finalidades subidas ; trae consigo la «aplicación» de la misma Ley al caso propuesto. Es virtud delicadísima y difícil, que supone conocimiento exacto de la finalidad de la Ley y del caso y circunstancias propuestos ; requiere prudencia exquisita para saber aplicar la Ley sin exageraciones ni mermas de la autoridad. Porque contra el verdadero Derecho no pueden ir la equidad ni la epiqueya, aunque a veces vayan contra el Derecho escrito.

Dice el P. Azpiazu (ob. cit., pág. 137) : «Para aplicar justa y exacía la epiqueya, hace falta que la razón o el motivo de aplicación de la Ley cese de un modo, por decirlo así, contrario a la mente del legislador», y cita los siguientes casos :

Supóngase que en un caso cualquiera la observancia de la Ley fuera pecado. Es evidente que la epiqueya ordenaría la posibilidad del incumplimiento de la Ley.

Supóngase que el cumplimiento de la Ley fuera, en determinadas circunstancias, tan duro y arduo, que el legislador no hubiera podido mandarlo sin crueldad ; la epiqueya ordenaría la posibilidad del incumplimiento.

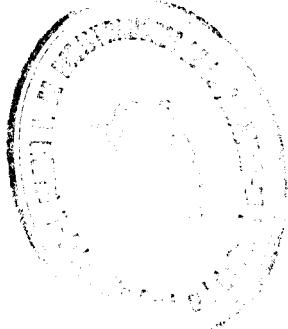
Supóngase que, razonablemente, se pudiera interpretar la Ley en un caso de manera que, de haber sido previsto por el legislador, no se hubiera encuadrado en los artículos del precepto. La epiqueya podría ordenar la evasión en aquel caso de la Ley.

Añade : «Urge también considerarla en un aspecto ampliamente

positivo que se traduzca en frases análogas a ésta: «Aquí, en este caso, hay que salirse del Derecho escrito precisamente en favor y apoyo de un más alto Derecho.» Pretende la epiqueya lo que pretende la Ley: dar a cada uno lo suyo; pero lo pretende en cada caso concreto y de una forma adecuada a la situación y al caso.»

Cuando una Ley como la que vamos a estudiar permite, en desviación interpretativa, que se estime como ingresos a favor del Estado lo que es sustancia de la propia empresa (pues, como veremos por ejemplos elegidos al azar, se producen enormes diferencias tributables que hacen pasar aquellos ingresos de 2.000.000 de pesetas a 8.000.000 de pesetas), es preciso interpretarla desechando por absurdo todo lo que conduzca a tal conclusión, máxime cuando no es norma de imperativa y general aplicación, y para ello nada mejor que subordinarse a las normas que hemos establecido como guías de interpretación.

ANTONIO RODRÍGUEZ SASTRE.  
Doctor en Derecho.



## **El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles. - Edictos. - Precio. - Liquidación de cargas. - Subrogación. - Principio de cobertura (1)**

### **15. SUBROGACIÓN.**

Analicemos con más amplitud el concepto de subrogación. La Ley Hipotecaria la impone el rematante en el juicio *sumario*; pero, a mi juicio, tal subrogación no es tampoco aplicable, en rigor, al procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil; aun en el sumario, las cosas marcharían mejor sin tal rigurosa subrogación en la deuda y en la responsabilidad.

Es peligroso el trasplantar conceptos; muy frecuentemente, en la transplantación se quedan sin raíces tales conceptos y mueren; es aquel mismo consabido peligro de las «definiciones» en Derecho. Por ello, al trasladar aquí el concepto de subrogación hay que andarse con mucho tiento; quien primero se aprovecha de un imprudente cambio de postura es el Fisco (2). Nuestro Código trata de la subrogación y de la novación (por lo menos «dice algo» de una y otra materia) en una misma sección, con un cierto instinto, sin técnica; la reglamentación que hace no satisface a quien vaya con afán crítico, con exigencias de técnica. Para los fines de nuestro problema sólo quiero poner de relieve lo siguiente:

1.º En rigor técnico, la subrogación (sustitución de uno de los elementos de la obligación, sea acreedor, sea deudor, sea objeto) es cosa distinta de la novación, si hemos de entender ésta también con rigor técnico.

(1) Véase el número anterior de esta REVISTA.

(2) Impuesto de Derechos Reales, cuyas travesuras siempre son de temer.

2.<sup>º</sup> La subrogación es así una modificación de la obligación, continuando ésta «la misma».

3.<sup>º</sup> La novación, técnicamente hablando (en teoría pura), tendrá lugar cuando se extinga la *antigua obligación* y sea sustituida por otra (artículo 1.204 Código Civil).

4.<sup>º</sup> Son, pues, distintas; sin embargo, el Código da a la sección en que «trata» de todas estas cosas un título común, una designación común, que dice así: «De la novación».

5.<sup>º</sup> De hecho, el contenido principal de la sección es el de la simple modificación de las obligaciones, pues de la extinción de una mediante otra, que la sustituya, no dice sino muy pocas palabras (artículos 1.204, 1.207 y 1.208).

6.<sup>º</sup> Ello parece indicar que en la misma organización adoptada por el Código, intuitiva, elemental, si se quiere, «novación» equivale a «modificación»; y unas veces es tan honda que llega a destruir la obligación primitiva (artículos 1.204, 1.207 y 1.208), y otras veces no hace sino introducir alguna variación en alguno de los elementos (restos del articulado de dicha sección). Determinar qué elementos son los que influyen y en qué medida influyen en la «profundidad» de la modificación y cuándo se ha de entender que una obligación ha sido *sustituida* por otra («sustituir» vuelve a tener algo de «subrogar»), pero aquí ya «en el todo», no en alguno de los elementos de la obligación primera) necesita estudio muy especial; como «germen» para tal estudio figura en el Código Civil el artículo 1.204.

7.<sup>º</sup> La «modificación» consistente en sustituir un deudor por otro es expresamente calificada de «novación» en el art. 1.215 (1).

(1) ¿Que esto no es regulación perfecta?... No denigremos demasiado a los Códigos, especialmente al asendereado Código español, porque no recojan los conceptos purificados según las medidas de la llamada doctrina: Los Códigos suelen apoyarse en la vida misma, ahondan lo que pueden, y generalmente no van descaminados ni tan desprovistos de «su» técnica; si los «conceptos» resultan diferentes de como actuaron en sus orígenes, eso no siempre es imperfección; para incorporar tales conceptos sin variación se necesitaría gran seguridad y fuerza en la doctrina: Hoy ya se necesita que los tratadistas mismos no se concreten a almacenar la inmensa variedad de opiniones, como si lo único que interesaría fuera el recopilarlas (como si todas fueran viables, como si fuera indiferente escoger entre cualquiera de ellas—cuando en realidad se pueden incluso predeterminar «a priori» todas ellas y algunas más—). Con frecuencia, es cierto, el Derecho ha «ingerido» impurezas (digamos así) que al fin se convierten en algo indiscutible. Así ha ocurrido con instituciones de tanta monta como la mal llamada sustitución fideicomisaria, que ya poco conserva de lo que era su razón de ser; ha sufrido desviaciones en el «concepto»; pero, ya cicatri-

8.<sup>º</sup> Cuando la regla 8.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria establece (para el procedimiento *sumario*) que el rematante quedará subrogado en la responsabilidad de las cargas y gravámenes preferentes, no se ha adoptado una designación técnica (para ello se necesitaría, entre otras cosas, que el deudor primitivo fuera totalmente sustituido por el nuevo deudor) ni siquiera una designación que coincida con la ya indicada del Código Civil (pues hay el obstáculo de que, según el naturalísimo precepto contenido en el artículo 1.205, sería necesario el consentimiento del acreedor, el cual ni siquiera es citado, sin duda porque su derecho queda asegurado con la «subsistencia», forma ya calificada de «simplista» por D. Jerónimo González). No considero admisible, ni mucho menos, que la «subrogación» a que se refiere la Ley Hipotecaria produzca el efecto de liberar totalmente al primitivo deudor (1). No creemos que para llegar a ese efecto liberatorio pueda ser invocado eficazmente el detalle de la regla 8.<sup>a</sup>, que, al ser parte de una ley, se entendería que obligaba también al acreedor y que, por tanto, aun a sus espaldas inclusive, produciría efecto contra él. No creemos que el pensamiento de la Ley, ni sus palabras, puedan entenderse en ese sentido.

9.<sup>º</sup> No obstante, se puede hoy decir que, al aceptar el rematante (en el procedimiento *sumario*) las dichas responsabilidades, se «subroga» en la obligación de pago de las mismas. Es una sub-

zado, hay que ser tolerantes o renunciar a vivir; así como desde el punto de vista filológico hay que aceptar ya la forma actual de las palabras, así también en muchos casos de Derecho es necesario respetar lo ya actuado. Esto no impide un fundado estudio en cualquiera de sus aspectos.

No va tan desatinado el Código cuando llama «novación» a lo que es simple «subrogación»; de hecho, algo hay allí de «nuevo»; y en la novación también hay subrogación (de una obligación en el lugar de otra a la que sustituye); no son éstas simples cuestiones de etimología o de nombre: son realidades, cuya eficacia no escapa al legislador, y cuyo estudio no debe desdeniar el jurista. Todos los elementos útiles que a éste hayan suministrado los recorridos históricos y los científicos y, en suma, su cultura, pueden tener ahí espléndida aplicación...; pero sin anquilosamientos, incompatibles con la vida misma jurídica.

Esta divagación—que aquí hacemos—no va, repito, contra el estudio y corrección de las posibles imperfecciones.

(1) En contra, v. Dr. Guasp (REV. CRÍT. DE DCHO. INM., 1942). Bien es verdad que no veo determinado claramente si es esa su opinión concreta respecto a la subrogación expuesta en la regla 8<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, o si se refiere a la subrogación en principio, en términos generales. Da por bueno que la «subrogación» produzca ese resultado. Trasplanta el concepto (concepto no bien fijado en la ley, en el Código Civil; y además un poco vago también en las mismas relaciones jurídicas, en el comercio jurídico).

rogación parcial, «en cierto modo», en sentido vulgar, que no por eso se aleja de la significación real de la palabra, con lo cual queda justificado, o por lo menos explicado, el empleo de ésta. Si en el procedimiento sumario el rematante no sólo *acepta* esas responsabilidades de las cargas preferentes, sino que, además, declara que asume la deuda «si la hubiere», es natural que las relaciones entre rematante y deudor se regulen sobre la base de que el deudor primitivo *no debe pagarlas*, sino que debe satisfacerlas al rematante, y a eso llama la Ley Hipotecaria «subrogación de deudor». Insisto en que para el Código no es propiamente «subrogación», porque, según él (y según el sentido natural), no la hay cuando falta el consentimiento de los acreedores; pero hay subrogación parcial, subrogación «en algo».

Apuntando al fondo del asunto, ¿deberá el adquirente responder de la deuda personalmente? Si se ha seguido el procedimiento de apremio, no, a mi juicio. En el procedimiento sumario podría también, en principio, regularse la materia de forma que no responda: la finca, sí, y a través de ello el adquirente... si no la desampara en el momento oportuno, o sea al reclamársele el pago como tercer poseedor que resulta. Puesto que en la obligación no puede ser sustituída la persona del deudor sin consentimiento del acreedor, y en buena economía jurídica no deben ser hechas otras alteraciones sino las estrictamente necesarias, y puesto que mediante la venta del inmueble se toca sólo, en principio, en la relación del dominio de la cosa dada en garantía, es lógico que, también en principio, el rematante al adquirir la finca adquiera sólo las obligaciones que se deriven del título de dominio; esto se llama en nuestro Derecho «quedar en la posición de *tercer poseedor*», con los derechos y obligaciones inherentes a tal calidad; deberá, pues, subsistir la responsabilidad real del inmueble, y sólo habrá lugar a la responsabilidad personal del adquirente cuando por no abandonar la finca en cierto momento quiera ya personalmente entrar en la lid, en la contienda a que da lugar la relación real. Ya hemos analizado el caso o supuesto en que el acreedor cobre del deudor primitivo por haber utilizado no la acción real, sino la personal. Aun a riesgo de repetir, es conveniente examinar de nuevo el supuesto, enfocando ya la ventaja de poner remedio mediante la posible subrogación: hemos visto que el riesgo está en que el

deudor primitivo pague dos veces. Dentro del vigente sistema de liquidación de cargas (sin cancelación) el daño se podría evitar reconociendo al deudor derecho a subrogarse en la posición del acreedor en cuanto a la garantía hipotecaria, una vez que éste haya dado carta de pago. No está regulado así expresamente en nuestro Derecho; la conveniencia desde el punto de vista del derecho constituyente—máxime si es discutido, como lo será seguramente en nuestro caso—no basta; y en cuanto al derecho positivo, los preceptos «más próximos» en este punto (artículos 1.209 y siguientes) no brindan perspectivas muy halagüeñas; en consecuencia, si el acreedor había cobrado del deudor o no había nada que cobrar y, en consecuencia, cancela la hipoteca, ésta se desvanece, y si la finca ha pasado a poder de un tercero y el rematante ha quedado insolvente, el daño para el ejecutado parece definitivo: ha pagado dos veces (o una, sin deber nada); como paliativo, ya hemos indicado que podría ejercitarse las acciones precautorias procedentes, pero esto sólo sería eficaz y sin peligro de costas cuando la insolvencia del adquirente sea manifiesta. La verdadera solución estaba, antes de la reforma, en la consignación del importe. ¿Qué tecla del mecanismo legal se podría mover para conseguir «hoy», después de la reforma, un resultado justo, equivalente, o sea la indemnidad del deudor ejecutado? Para evitar el enriquecimiento injusto del rematante se vislumbra un derecho en el deudor, una acción con miras a evitar que se esfume aquella garantía real que aseguraba una obligación de él, una obligación que él había de cumplir; pero que, según consta en el Registro, ha sido ya cargada en su cuenta con otro (con el rematante). ¿Podría ser cancelada esa hipoteca a espaldas del deudor? El interés de éste en el asunto es manifiesto, pues si se cancela a sus espaldas, puede sufrir perjuicio, no debía cancelarse esa hipoteca sin su consentimiento; esto así, en teoría, en justicia. Pero, de hecho, si el acreedor hipotecario cancela la hipoteca, aunque sea sin la asistencia del deudor primitivo, la cancelación se hace constar en el Registro. Es lo mismo que ocurre—siempre podemos observar este paralelismo—en el caso de *venta extrajudicial*, aun cuando en la escritura de esta venta extrajudicial se diga que el comprador se reserva parte del precio para atender a la responsabilidad hipotecaria; si después cancela el acreedor hipotecario por sí mismo, sin la anuencia del deudor, sin expresar

quién es el que ha pagado la obligación, la escritura se inscribe. Esta es la práctica. ¿Es justa?, ¿es legal? Por lo menos, justa no es; pero legal... Nuestro Registro carece con frecuencia de la flexibilidad necesaria para acoger soluciones simplemente justas; se mueve en forma más rígida, padece ciertos anquilosamientos (no soy partidario, por lo demás, de dar excesiva «holgura» a ese mecanismo); sin embargo, la regulación correcta, expresa, no es difícil.

Para evitar desagradables repercusiones en tales relaciones de Derecho personal resultante es bueno hacer constar en la escritura de cancelación que el importe de la hipoteca ha sido satisfecho por aquel adquirente que se reservó tal cantidad para atender a esta cancelación; es práctica que evita posibles acciones del deudor contra el rematante. No siempre se sigue esa práctica... y no suele pasar nada grave; pero mejor sería que la cosa quedara bien organizada, de modo que por vía de la responsabilidad real misma se resolviera el posible conflicto.

Sin perjuicio, pues, de ulterior análisis, opino que en el procedimiento de apremio el rematante queda sencillamente en la posición de tercer poseedor de la finca hipotecada; el riesgo, que hemos puesto de manifiesto, constituye una laguna del Derecho vigente, tanto para el caso de venta judicial como para el de venta extrajudicial, laguna que sólo tiene solución relativa en el no muy firme campo de las acciones personales. Tratándose de venta extrajudicial, se pueden orientar ya las cosas hacia esos efectos en la escritura misma de compraventa, para lo cual son instrumentos preciosos los artículos 1.124 y 1.506 del Código Civil, convenientemente enlazados con el artículo 37 de la Ley Hipotecaria; casi siempre será posible en estas compraventas extrajudiciales.

Con referencia al procedimiento sumario se ha insinuado ya por algunos que *sería injusto* que a la responsabilidad personal del deudor se agregara la responsabilidad personal del rematante, pues con esto—dicen—el acreedor se ve enriquecido gratuitamente con esa mayor garantía no estipulada. No considero decisiva la argumentación, pues un tal posible enriquecimiento del acreedor viene a resultar siempre en los casos en que el patrimonio del deudor es incrementado; al acreedor sirven, no sólo el patrimonio actual del deudor, sino también los aumentos ulteriores; al acreedor aprove-

chan, en general, todos los derechos que constituyan el patrimonio del deudor hasta que se haga efectivo el crédito. En consecuencia, si por la relación contractual entre el rematante y el deudor puede éste ejercitar acciones contra el primero, es evidente que ello aprovecharía al acreedor, y esto, decimos, no constituye injusticia alguna. Por eso el argumento no es decisivo; parece más rígida aquella otra argumentación basada en la innecesidad jurídica de la subrogación, en la conveniencia de no hacer alteraciones innecesarias.

BENEDICTO BLÁZQUEZ.

Notario.

# Algo más sobre la reforma del Código civil y de la Ley Hipotecaria

**SUMARIO :** Certidumbre del dominio.—Identificación de la propiedad y de los propietarios.—Desarrollo del crédito inmobiliario.—Concisión inscripcional.

La eterna ley biológica, caducidad y renovación, proceso evolutivo de la materia y de la vida, tiene su resonancia en todos los órdenes, y especialmente en el jurídico, porque el «Derecho es la vida», según dijo Lérminier, o regla para la vida; y así vemos cómo en el Derecho Hipotecario se plantean periódicamente «reformas», o innovaciones, «sustantivas», «adjetivas» y «orgánicas», según que afecten a la esencia de las instituciones hipotecarias, a su forma externa o visibilidad y a los organismos encargados de la aplicación práctica del sistema hipotecario y registral.

De todas ellas, son las sustantivas (referentes a los principios básicos de prioridad, publicidad, voluntariedad u obligatoriedad y sustantividad de los asientos registrales) las que han de estudiarse con el mayor cuidado, porque el legislador al «reformar», del mismo modo que el artista al «restaurar», han de proceder con mano muy experta, para que las innovaciones se adapten a las necesidades del momento histórico («*oculo temporique conviens*», como aconsejaba San Isidoro de Sevilla), pero sin perturbar el monumento artístico o legislativo que se reforma.

Así se comprende bien que las innovaciones o reformas se propongan y se planteen con facilidad en el terreno doctrinal o teórico, pero tarden mucho más en llevarse a la realidad, siendo de ello vivo ejemplo nuestro Código Civil, nuestro Código de Comercio y nuestra Ley Hipotecaria, que con más de medio siglo de existen-

cia, y sólo con pequeñas reformas, siguen siendo las piedras angulares de nuestro ordenamiento hipotecario, civil y mercantil.

Hoy se estudia una nueva reforma parcial de la Ley Hipotecaria vigente (1) por la Dirección General de los Registros y del Notariado, con el informe del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, y es de esperar que el acierto presida y brille en el nuevo proyecto (2).

Remitido por dicho Colegio a los colegiados, ya se advierte que la reforma parece inspirarse en los principios básicos que campean en la exposición de motivos de la primitiva Ley de 1861, «dando certidumbre al dominio, poniendo límites a la male fe y libertando al propietario del yugo de usureros despiadados». Ello constituye, en principio, una garantía de acierto.

#### CERTIDUMBRE DEL DOMINIO Y SUSTANTIVIDAD DE LA INSCRIPCIÓN.

Para dar certidumbre al dominio, a la posesión de bienes inmuebles y a los derechos reales constituidos sobre aquéllos (hipotecas, arrendamientos, censos y otros gravámenes) es muy importante en el nuevo proyecto todo lo que trata de robustecer el contenido de la actual Ley Hipotecaria, y es de admirar por ello la adición que se apunta en el proyecto al artículo 609 del Código Civil, ratificando el final del 608 del mismo Código.

Los artículos 605, 606 y 607 del mismo Código deberían repetirse, adicionando al 607 los que en el proyecto son 606 y 607.

Indudable importancia tiene en el proyecto lo referente al tercero, ya que esencialmente la Ley Hipotecaria es ley de terceros o para terceros, y para éstos lo que no está en el Registro no está en el mundo; pues siendo el Registro un archivo público, todo el que pretende contratar sobre bienes inmuebles y derechos reales por ese principio de publicidad (artículos 279 al 296 de la Ley) debe acudir a los archivos hipotecarios o Registros de la Propiedad y atenerse al contenido de sus asientos, que están bajo la cus-

(1) Esta es de 16 de diciembre de 1909; contiene, refundida, la de 1869 y la de 21 de abril de 1909, que fué la última reforma trascendental y afectó a 43 artículos de aquélla.

(2) Para su estudio y aprobación ha sido ya enviado a las Cortes («A B C», Madrid, 2 mayo 1944).

todia del Registrador y bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia (artículos 258 de la Ley, reiterada jurisprudencia y artículo 606 del proyecto de reforma, así como el apartado «Legitimación registral», del mismo proyecto).

#### IDENTIFICACIÓN DE LOS PROPIETARIOS.

Lo que no se comprende bien en el proyecto es «que la fe pública registral no se extienda a la *identidad, estado civil y capacidad de otorgantes*».

Precisamente la garantía esencial que tiene el Registro de la Propiedad, para el tercero hipotecario que solicite manifestación o certificación de los «asientos», es conocer el nombre, apellidos, estado civil y capacidad del titular del dominio, o de la posesión del inmueble, o del derecho real, con el cual proyecta contratar, y cerciorarse si coinciden con los que ostenta el titular en la realidad.

Ya en las certificaciones que pide el Banco Hipotecario para sus operaciones de préstamo, entre otros extremos, interesa siempre «condiciones limitativas, rescisorias o resolutorias del dominio», y «si de los antecedentes que obran en el Registro de la Propiedad aparece limitada la *capacidad del titular* en cuanto a la libre disposición de sus bienes». (1)

La fe pública registral, es decir las inscripciones y demás asientos registrales garantizan hoy y *deben garantizar siempre al tercero* que inscribe, o que proyecta contratar sobre inmuebles inscritos, la certeza de esos conceptos: De otro modo la certidumbre del dominio en cuanto a su legítimo titular (aspecto o elemento personal) se esfumaría en lo incierto y el Registro de la Propiedad no cumpliría su fin primordial (2).

Por eso el artículo 9.<sup>º</sup> de la Ley en sus números quinto y sexto «exige (3) el nombre y apellido del transferente y del adquirente». El Reglamento Hipotecario vigente (6 de agosto de 1915), subsa-

(1) Y, desde luego, las circunstancias personales del titular, sin olvidar «el estado civil» del mismo, para conocer bien si los bienes son gananciales, privativos o propios del marido, parafernales de la mujer, etc.

(2) Sería lo mismo que un Registro Civil que no garantizara la identidad de las personas.

(3) En forma imperativa dice: «Toda inscripción expresará.»

nando omisiones de la Ley, exige en su artículo 61 que se exprese el nombre, apellidos (en plural) y *el estado civil* del transferente según aparezcan en el título», y «se añadirán, si también resultare del título, la edad, cuando se tratare de un menor, la profesión y el domicilio o vecindad. Del mismo modo se harán constar el nombre y circunstancias de las personas que adquieran el derecho que se inscribe».

Todo esto para las inscripciones extensas, según dicho Reglamento.

Por otra parte, los artículos 18 y 19 de la misma Ley, por el principio básico de «legalidad», insisten en que el registrador califique no sólo las formas extrínsecas, sino «la capacidad de los otorgantes»; y el 21 exige, en cuanto a «los documentos que deban inscribirse», que expresen las circunstancias que deben contener las inscripciones, bajo pena de nulidad, ratificando los mismos preceptos la Ley y el Reglamento del Notariado, sancionando el artículo 30 de la misma Ley Hipotecaria con la nulidad aquellas inscripciones que carezcan de tales requisitos, e imponiendo el artículo 22 la subsanación de las omisiones que se cometan en los actos o contratos.

En resumen, pudiera aprovecharse ahora la reforma parcial proyectada, para incorporar a la Ley Hipotecaria las «lagunas» que en parte llenó el Reglamento, y exigir que conste siempre en todo asiento o inscripción extensa, no sólo el nombre y los dos apellidos paterno y materno, sino el estado civil, la edad, la profesión, la vecindad, y *el nombre y apellidos del consorte, del titular que inscribe*.

Sólo así se completará la certidumbre del dominio y de la posesión de los bienes inmuebles y de los derechos reales, en cuanto al titular que inscribe (elemento personal). (1)

#### IDENTIFICACIÓN DE LAS FINCAS.

Pero es bien sabido que existe otro aspecto muy importante en cuanto al elemento real, finca o fundo, objeto de los asientos registrales. Y en este punto está bien la advertencia que se hace en el

(1) Con frecuencia se encuentran fincas inscritas a favor de personas que llevan los mismos apellidos y nombres muy comunes. ¿Cómo se identifican entonces? Sólo por el nombre del consorte, por la edad y a veces por la profesión.

proyecto, a los terceros hipotecarios, en estas palabras: «La fe pública registral no se extenderá a las circunstancias *materiales o de mero hecho del inmueble*».

Precisamente es ese uno de los defectos graves, o vicios de origen, de que adolece nuestro sistema hipotecario, con notorio daño para su prestigio, para la certidumbre de la propiedad y para la garantía y desarrollo del crédito territorial.

Lo han reiterado los numerosos tratadistas de estudios hipotecarios, y entre ellos el señor Carazony Liceras se expresaba con estas categóricas palabras: «El Registro garantiza mediante la publicidad y la especialidad que sobre la finca X no hay más que una hipoteca a favor de F, pero no garantiza ni asegura a F que la finca X sea en realidad la que en los libros se describe, ni esencialmente ni en cuanto a sus accidentes. Basta esta consideración para estimar defectuoso un sistema como el nuestro, no obstante los grandes aciertos que existen en su haber.» (1)

Y todas esas opiniones no son hipotéticas, sino manifestaciones exactas de casos sancionados por la práctica. (2)

La solución de estos arduos problemas es fácil ahora que se plantea la reforma parcial de la Ley Hipotecaria.

Al artículo 9.<sup>o</sup> de la Ley deben llevarse las lagunas que recogió el artículo 61 del vigente Reglamento Hipotecario, exigiendo que

(1) Félix Carazony: «Coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro» (conferencia), Madrid, 22 de mayo de 1943.

(2) Yo cito al efecto los dos siguientes «botones de muestra»:

1.<sup>o</sup> A., prestamista con domicilio en Madrid, y B., supuesto industrial de Barcelona, dueño de una fábrica, inscrita por declaración de obra nueva sobre un solar o terreno, otorgaron escritura de préstamo con hipoteca sobre dicha finca, radicante en Barcelona. Los títulos de propiedad que exhibía el deudor hipotecante eran perfectos teóricamente (escrituras ante Notario, legalizadas, inscritas en el Registro de la Propiedad de Barcelona, etc.). Se inscribió también la mencionada de préstamo con hipoteca; pagó el deudor el primer semestre de intereses; se retrasó en el pago del segundo, y cuando el acreedor trató de hacer efectiva su hipoteca, con todos sus títulos, comprobó que en la realidad no existía tal fábrica, y si sólo un terreno sin edificar. La declaración de edificación hecha por el deudor en escritura pública inscrita en el Registro, era un hecho o «negocio jurídico» falso; y el tal deudor era ya insolvente y en ignorado paradero.

2.<sup>o</sup> Un recaudador de Contribuciones, por débitos de C. a la Hacienda Pública, embargó una finca de dicho deudor inscrita en el Registro de la Propiedad. En rebeldía del deudor y cumplidos los trámites del «estatuto de recaudación», otorgó escritura de venta a favor del mejor postor; éste paga impuestos de Timbre y Derechos reales, inscribe su escritura de compra en el Registro de la Propiedad, y cuando pretende tomar posesión de la finca (con un lindero fijo, carretera de Cáceres a Mérida), se encuentra que la finca no existe en la realidad, y ha de plantear una acción reivindicatoria contra unos colindantes más o menos ciertos.

en toda inscripción conste «la naturaleza, situación y linderos y la extensión superficial de la finca», *como requisitos indispensables*, y su nombre y número cuando conste en el título, o expresión negativa de esto en su caso (1).

En cuanto a las personas, ya queda indicada la necesidad de que toda inscripción extensa exprese el nombre, apellidos, estado civil, edad y nombre y apellidos del titular transferente y del adquirente.

*La vigente regla 4.<sup>a</sup> del artículo 61 del Reglamento* quedaría más perfecta sustituyendo su parte final en esta forma: «La omisión de la medida superficial en los títulos presentados será causa de suspensión de su inscripción en el Registro de la Propiedad».

*Artículo 21 de la Ley Hipotecaria.*—Debe ser adicionado en la siguiente forma:

«La extensión superficial de las fincas inscritas se consignará tal como resulte en el Registro de la Propiedad, a favor del transferente o causante, pudiendo añadirse las modificaciones de «hecho» que resulten, por las declaraciones conjuntas de los otorgantes, corroboradas por certificación del Catastro o por acta notarial, con notificación a los colindantes, *cuando resulte exceso de cabida*. Sólo así se podrá inscribir tal exceso, conforme al párrafo tercero del artículo 20 de esta Ley.

»Las declaraciones de obra nueva constarán en escritura pública, corroborándose la existencia de la obra y sus características por certificaciones autorizadas por arquitecto, cuya firma será legitimada, o por acta notarial de notoriedad.

»Dichos documentos complementarios se protocolizarán o presentarán para su inscripción en el Registro de la Propiedad, con la escritura principal.»

\* \* \*

En resumen: para dar certidumbre al dominio, como deseaban ya nuestros legisladores en el año 1861, precisan o son necesarias esas o parecidas reformas, dando la mayor sustantividad a los asientos registrales (robusteciendo el principio básico del artículo 24 de la Ley y 606 del Código civil) y exigiendo que en las inscripciones

(1) En las urbanas debiera exigirse la circunstancia de su numeración, en todo caso.

se identifiquen los propietarios con sus circunstancias personales, y las fincas con sus características esenciales, para evitar dudas e incertidumbres y posibles errores.

Todo esto es en cuanto al aspecto formal (títulos y asientos registrales, o protocolo notarial y Registro de la Propiedad).

Pero *en la realidad*, para identificar bien las fincas y sus propietarios, para coordinar su estado de «hecho» y su estado de «derecho», hace falta algo más, y más sencillo.

Lo manifestamos en el año 1920 (1), lo ratificamos en 1925 y en 1930 (2) y lo reiteramos ahora en la misma forma ; decíamos así :

«... Para que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 del Real Decreto-Ley de 3 de abril de 1925, puedan concederse plenos efectos jurídicos a los planos parcelarios, será requisito indispensable que la Brigada Topográfica levante los mismos sobre la base de los títulos adquisitivos, debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, o en su defecto, actas de deslinde y demás documentos fehacientes que les exhiban los propietarios ; y a medida que vayan levantándose dichos planos, los geómetras encargados pondrán en aquellos títulos, y a ser posible al margen de la descripción de cada finca, el número que le corresponda a la misma y al polígono, cuyo número se hará constar, además, colocando sobre el mojón (o hito) más visible del inmueble una pequeña placa contraseñada...

«... Levantado el plano parcelario del inmueble, se entregarán los documentos exhibidos a los respectivos propietarios, con una copia de aquél, archivándose el original en el Negociado de Conservación del Catastro, que se instalará bajo la dirección del geómetra técnico, pero en íntima relación con las actuales oficinas de los Registros de la Propiedad, y al servicio de éstos.

«Los Registradores de la Propiedad harán las oportunas referencias de los planos, números de las fincas o parcelas catastradas, polígonos, etc., por nota al margen de los asientos extendidos a nombre de los respectivos propietarios en los Registros de la Propiedad.»

Solamente así, es decir, a base de una perfecta concordancia

(1) Memoria remitida a la Dirección General de los Registros.

(2) «El Catastro parcelario y el Registro de la Propiedad». Números 8 y 11 de esta REVISTA; número 78 de la misma, y «Funcionarios», Madrid, 21 junio 1930.

entre los planos del Catastro y los títulos inscritos en el Registro de la Propiedad, admitíamos la idea de un «Catastro parcelario jurídico», contenido en el citado Real Decreto-Ley que fué publicado en la *Gaceta de Madrid* el 4 de abril de 1925 (1).

Por dicho Decreto-Ley quedó derogada la Ley anterior de 23 de marzo de 1906, cuyo artículo 38 se pone ahora en vigor por la reciente Orden ministerial de 1.º de febrero de este año. Dicho artículo, al exigir que se acompañe al título de propiedad «el plano correspondiente, si está formado el Catastro, o una hoja del registro del Catastro, debidamente autorizada en el período de avance», es una medida *muy acertada* en principio, pero difícil de conseguir en la práctica; primero, por no estar formados los planos en muchas provincias, y en todo caso, por la dificultad y morosidad de su obtención, por estar centralizadas las oficinas de conservación en la capital y no en los partidos judiciales, donde radican los Juzgados, Notarías y Registros de la Propiedad, y donde residen los propietarios contratantes, en su mayoría.

En resumen, los planos topográficos son muy importantes y convenientes para la perfecta identificación de las fincas, pero ha de ser a base de dar facilidades, rapidez y economía para su obtención por los propietarios; de otro modo se convierten en rémora para la contratación inmobiliaria (2).

Por todo ello, ya quedó bien advertido en los citados números de esta Revista y en el de *Funcionarios* de 21 de junio de 1930, que «los geómetras del Catastro, con su negociado respectivo y sus oficinas instaladas junto a los Registros de la Propiedad (a las Notarías y Juzgados) por partidos judiciales, podían verificar rápidamente el levantamiento de planos, la numeración de parajes o polígonos y parcelas o fincas (su rectificación en los casos de posibles errores, su modificación en virtud de las frecuentes segregaciones, parcelaciones de montes y dehesas o agrupaciones de otras, etc.)

»En los títulos de propiedad se pondrán las correspondientes

(1) Puede verse todo ello, con más extensión, en los citados números de esta REVISTA.

(2) La Ley de Hipoteca naval (21 agosto 1893) exige para inscribir las naves en construcción que se acompañe con los documentos un plano del buque, quedando así identificado perfectamente. El Registrador pone en el mismo una nota de referencia, cuando se inscribe.

notas de referencia (1) y también al margen de los asientos registrales.»

Hoy, en definitiva, nada se perdería con establecer esas oficinas comarcales de conservación catastral en las cabezas de partido judicial y en los lugares de mayor importancia, a los fines expuestos. conservando duplicados o copias de los planos, remitiendo los originales a la oficina central, radicante en la capital de cada provincia, y entregando otra copia a los propietarios (2). Y sólo así podrá cumplirse también la citada Orden del Ministerio de Hacienda (publicada en el *B. O.* del día 4 de febrero último).

Pero, a falta de planos, ya quedó indicado (3) que las fincas urbanas pueden identificarse bien por la calle o plaza y por su número visible en placa metálica, debiendo ser la numeración de fincas y la nomenclatura de calles (señaladas mejor por números, como en Norteamérica), inalterables en lo posible.

También las fincas rústicas, a falta de planos, se pueden identificar bien por sus linderos naturales (cuando los tengan), y sobre todo por medio de una placa en la que conste contraseñado el número del polígono y el de la parcela (4).

Con las reformas apuntadas se daría un gran paso para la tan deseada y necesaria identificación «físicojurídica» de la propiedad inmueble, quedando todavía en pie la gran reforma de la inscripción obligatoria (como en el sistema alemán, o en el australiano del Acta Torrens), pues de nada servirá tal identificación para la pequeña propiedad o para la gran propiedad, que queda sin inscribir

(1) Ya algunos Notarios, después de describir las fincas, indican el número que les corresponde en el Catastro.

(2) Con el moderno sistema de fotocopias es fácil y rápida la obtención de varios ejemplares, y muy conveniente su conservación no sólo en la capital de cada provincia, sino en esas oficinas comarcales, para asegurar el riesgo de su destrucción y para facilitar el servicio público.

(3) «Funcionarios», Madrid, 21 junio 1930.

(4) En el testamento otorgado por D. Vicente Calvillo Megía en la villa de Ocaña (Toledo) el 7 de diciembre de 1881, dicho testador, después de describir varias fincas (con las que constituye una especie de fundación familiar, con sucesivas designaciones de herederos usufructuarios), advierte especialmente los tomos y folios en que se encuentran inscritas, y dice «que las catorce rústicas tienen puestos cantos de piedra labrados con la inscripción 1880. V. Calvillo».

Y es que, en la realidad, no hay nada que identifique y delimité tanto, físicamente, una finca o fundo, como esas inscripciones lapidarias (cuyos precedentes remotos los encontramos ya en Grecia y en Roma), o mejor, como esas placas metálicas contraseñadas que venimos propugnando.

en los Registros por incuria de los propietarios o por otras causas (1).

#### DESARROLLO DEL CRÉDITO TERRITORIAL.

Fué uno de los puntos fundamentales básicos de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 y de sus reformas sucesivas, y ocupa también un plano preferente en el nuevo proyecto de reforma, bajo los epígrafes «Créditos hipotecarios endosables», «Procedimiento sumario y extrajudicial», «Cambio de rango» y «Reserva de rango».

Los pactos o «condiciones especiales» sobre cambio y sobre «reserva de rangos hipotecarios» los estimamos poco asequibles a nuestras tradiciones hipotecarias, aunque estén en boga con éxito en el sistema alemán-prusiano, en el suizo y en el de Alsacia-Lorena; todos ellos de libros encasillados y de asientos muy concisos (2). Pero en nuestro «sistema» no hay que olvidar que las inscripciones o asientos registrales de hipotecas o créditos hipotecarios ocupan, con frecuencia, dos y tres folios, y a veces más; esto es, un considerable volumen y densidad de prosa jurídica, con manifiesto perjuicio para la diafanidad del Registro de la Propiedad, que debiera reflejar el estado de la propiedad inscrita, con una perfección, claridad y concisión semejantes a la de un perfecto cuadro o estado sinóptico, comprensivo de la descripción de la finca, de su propietario actual y de sus hipotecas y gravámenes vigentes, cantidad de afeción, titular de los mismos y fechas *en guarismos*, como se permite en los citados sistemas.

Quiere todo esto decir que la innovación de los citados pactos de rango hipotecario, aparte de no encajar en nuestras costumbres, complicaría más la extensión de los asientos en nuestros archivos hipotecarios o Registros de la Propiedad, en la expedición de certificaciones de aquéllos y en el desarrollo del crédito hipotecario;

(1) Las sucesivas «ampliaciones» a la fecha «tope» consignada en el párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, ha permitido ingresar en los Registros de la Propiedad un gran número de fincas «no inscritas». Ha sido un buen «paliativo», una necesidad imperiosa y un evidente acierto, que ha de beneficiar a los propietarios, en especial a los pequeños propietarios, facilitando la inscripción de sus fincas en el Registro de la Propiedad con todas las consecuencias utilitarias en el orden crediticio y contractual, que representa la inscripción. (Memoria elevada a la Dirección General de los Registros. Cáceres, 30 de marzo de 1935.)

(2) Véase con todo detalle en los meritísimos «Estudios de Derecho Hipotecario», de D. Jerónimo González. Madrid, 1924.

pues si bien es cierto que en el modelo oficial que acompaña al Reglamento Hipotecario, la inscripción extensa de hipoteca sólo ocupa unas 32 líneas, la práctica nos demuestra que la necesidad de transcribir en dichas inscripciones todos los pactos que afecten a tercero hipotecario, o que sean motivo de rescisión o resolución de la hipoteca, suele dar a tales inscripciones (*en nuestro sistema*) proporciones gigantescas, sobre todo cuando se trata de préstamos concertados con entidades bancarias, Cajas de Ahorros, Instituto Nacional del Crédito, etc., etc.

Por eso, en el año 1931 propusimos ya como reforma fundamental la creación de «libros separados» para transcribir las condiciones y *pactos especiales*, por orden cronológico y con las referencias precisas a los asientos principales de dominio, hipotecas, censos, arrendamientos, etc. (1).

Separadas así las inscripciones del peso muerto de los «pactos especiales», ganaría el Registro en diafanidad para los terceros contratantes, manifestaciones y certificaciones de sus asientos y evidente seguridad y rapidez.

Otra reforma importante para el desarrollo del crédito inmobiliario sería exigir una mayor depuración en la confección de cuadernos particionales de herencia y operaciones divisorias de bienes, que con harta frecuencia se verifican por «sedicentes» peritos prácticos o de «aldea», que ejercen una especie de «euranderismo jurídico», con notorio daño para los derechos profesionales de Notarios, Registradores y Secretarios Judiciales, y, en definitiva, para los mismos propietarios, víctimas de la curandería, pues los defectos y herejías jurídicas que casi siempre contienen dichos «negocios jurídicos» impiden con frecuencia su protocolización, y sobre todo su inscripción en el Registro de la Propiedad (2), quedando así de hecho inutilizadas muchas fincas para el crédito territorial, ya que para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere «que se constituyan en escritura pública y que esta se inscriba en el Registro de la Propiedad» (3).

La reforma en este punto debiera ser: exigir que toda partición

(1) «Política agraria y reforma hipotecaria». Véase en esta REVISTA, núm. 78.

(2) Véase con más detalle la lucha contra el documento privado en la obra maestra de D. Joaquín Costa «La reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia». Madrid, 1917 (segunda edición).

(3) Artículo 146 de la Ley Hipotecaria y 1.875 del Código Civil.

hereditaria fuera autorizada por todos los interesados en la misma y por un Abogado en ejercicio, el cual sería responsable de los defectos o errores jurídicos de que adoleciera, *quedando obligado a la subsanación de los mismos.*

*Los endosos de créditos hipotecarios* que se destacan en el nuevo proyecto son una medida acertada que puede favorecer el crédito inmobiliario, por la facilidad y la rapidez que representan. Pero si el principio de prioridad es fundamental en nuestro sistema (*prior tempore*) y en todo buen sistema, los tales endosos deberán hacerse constar en el Registro, *por nota marginal, previa presentación en el Diario del título correspondiente*. De otro modo, el tenedor-endosatario no debe ni puede tener la consideración de «titular registral» *mientras no registre.*

En todo caso, y para la seguridad del endosatario, deberá unirse, como documento complementario de todo endoso, la correspondiente certificación de cargas del crédito hipotecario endosado.

*La hipoteca en garantía de cuentas corrientes* (artículo 153 de la Ley) es también objeto de pequeña reforma en el nuevo proyecto; y la serie de condiciones especiales y la extensión excesiva que suelen tener los asientos registrales de tales hipotecas, invita a pensar también en la conveniencia de ese libro «de condiciones y pactos especiales» (por nosotros propuesto), en el cual deben «transcribirse las condiciones que afectan a tercero»; y mencionarse sucintamente en la inscripción hipotecaria, para no complicar el trámite sucesivo de las fincas inscritas, y examinar con rapidez y claridad todas las inscripciones y asientos que afecten a las mismas, con las necesarias referencias a dicho libro especial.

La reforma parcial que contiene el proyecto, en cuanto al *procedimiento sumario y extrajudicial*, parece acertada también (artículos 129, 130 y 131), sobre todo el 129 de dicho proyecto, por el cual se incorporaría a la Ley Hipotecaria el procedimiento extrajudicial, más rápido, más sencillo y más económico que el judicial sumario del artículo 131 vigente.

En este punto quizás sea el ideal perfeccionar todo lo posible el artículo 201 del vigente Reglamento Hipotecario, para que deje de ser excepcional, y se aplique más en la práctica, con manifiesto beneficio para la rapidez y eficacia del crédito territorial, pero vedando al mismo tiempo para que los acreedores no abusen de la

premura de los plazos estipulados y no verifiquen las subastas y adjudicaciones de las fincas hipotecadas, con depreciación de éstas y con perjuicio de los deudores hipotecantes (1).

Otras reformas importantes (que por cierto no encontramos en el proyecto) son las referentes a «concisión inscripcional», Colegios para huérfanos, «Escuela práctica de auxiliares» y otras más, que merecen estudio detallado y separado.

JOSÉ M.<sup>a</sup> DEL RÍO PÉREZ.  
Registrador de la Propiedad.

(1) También el artículo 303 de la Ley Hipotecaria debiera ser reformado, suprimiendo del mismo el turno de clase, que la experiencia demuestra ser injusto, proveyéndose los Registros vacantes por estricta antigüedad, y derogarse también la Orden de 27 de julio de 1939, que, como su precedente (R. D. de 12 de junio de 1922), es contraria a dicho artículo, y de hecho permite que juegue el azar en lugar de la antigüedad, en algunas vacantes imprevisibles, que se proveen en Registradores más modernos, por estar otros, más antiguos, sujetos a la inamovilidad forzosa de seis meses impuesta por dicha Orden ministerial, con la consiguiente incertidumbre y posibles y efectivos perjuicios, siempre que el Registrador concursa.

## Reformas notariales

El nuevo Reglamento notarial supone una revisión parcial de' vigente de 8 de agosto de 1935, con aquellas modificaciones aconsejadas por la experiencia de nueve años de aplicación de éste, y por ello se conserva la misma división en títulos, capítulos y secciones e incluso la numeración de artículos. En él se refunden las disposiciones dictadas con posterioridad a la citada fecha, y entre ellas las siguientes : Orden de 12 de noviembre de 1935, Orden de 8 de marzo de 1938, Decreto de 10 de noviembre de 1938, Ley de 1.º de abril de 1939, Ley de 13 de diciembre de 1940, Decreto de 21 de febrero de 1941, Decreto de 7 de mayo de 1942 y el de 14 de octubre de 1942.

Las principales reformas son las siguientes :

Art. 5.º Se restablece el ingreso en el Notariado por oposiciones en los Colegios, debiendo publicarse la convocatoria cuando haya diez vacantes o antes, si se estimase necesario para el servicio. En casos extraordinarios podrán comprenderse en la convocatoria las vacantes de dos o más Colegios limítrofes.

Art. 6.º Se exige el requisito de varón para ingresar en el Notariado, pero se dicta una disposición transitoria por la que se permite que durante dos convocatorias puedan opositar las señoritas que hubieran firmado oposiciones con anterioridad.

Art. 10. Se modifica ligeramente la composición de los Tribunales de oposiciones a Notarías.

Art. 16. Se modifica el orden de exposición de los temas en los ejercicios de las oposiciones, concediéndose hora y media para la práctica del primero y haciendo consistir en un dictamen el segundo ; se reforma asimismo la manera de calificar.

Art. 34. El nombre y título de Notario sólo podrá usarse por los que integran el Cuerpo notarial.

Art. 35. La Dirección General adoptará las medidas necesarias para evitar que, por la toma de posesión, se altere el orden de la lista de opositores aprobados.

Art. 36. Se procurará que la posesión sea conjunta en cada Colegio, y se hará con las máximas solemnidades.

Art. 41. Se reglamenta el cese de los Notarios.

Art. 42. Se regula el deber de residencia y se establece que las faltas a dicho deber tienen el carácter de hechos de notaría gravedad, a los efectos del artículo 277. Define el deber de residencia diciendo que para que se entienda cumplido dicho deber es necesario que el Notario tenga, en la población de demarcación de su Notaría, casa abierta en la que habitualmente viva y pernocte, en unión de su familia y de las personas de su servicio. Por tanto, no cumplirá el deber de residencia e incurrirá en sanción el que tenga habitualmente su despacho en la población donde la Notaría está demarcada y su oficina en otra, aun cuando atendiese a su oficina diariamente.

Art. 43. No se considerará como casos de ausencia notarial los de asistencia a sesiones de organismos jurídicos o comisiones asesoras dependientes o relacionadas con el Ministerio de Justicia, siempre que previamente la Dirección General lo haya declarado así al tiempo de su aceptación. Igualmente las que impliquen asistencia a Cámaras legislativas.

Art. 61. Se dispone que en caso de coacciones a los Notarios las Juntas Directivas tendrán personalidad para ejercitar las acciones civiles y criminales que estimen convenientes, incluso para interponer querella en nombre propio y en el del Notario. Todo ello a los efectos de los artículos 259, 260 y 265 del Código Penal.

Art. 72. Establece, como complemento de la demarcación notarial, que la Dirección General, previa audiencia de los Colegios, hará una relación, revisable cada dos años, de las Notarías rurales que, aun sin producir lo necesario para la decorosa subsistencia del Notario, se consideren imprescindibles para el buen servicio público. Estas Notarías gozarán, independientemente de la congrua, de una subvención anual.

Art. 77. Se considerará como Notarías de primera las poblaciones de más de 50.000 habitantes, y de segunda las que excedan de 12.000.

Art. 79. Establece la regulación de la categoría personal de los

Notarios y la mejora de la misma por años de servicio y permanencia en la misma Notaría, siempre mediante solicitud. Dicha categoría personal se perderá por concursar Notarías de categoría inferior.

Art. 86. Las vacantes producidas por jubilación se turnarán automáticamente, antes que cualquier otra vacante de las que se produzcan el mismo día por otra causa.

Art. 88. Las vacantes de Madrid y Barcelona se turnan independientemente de las restantes de primera, y se modifica el número de vacantes que han de ir a cada turno.

Art. 92. Se introduce el concurso de clase para las Notarías de tercera.

Art. 95. Se exige el certificado de residencia que han de expedir las Juntas Directivas de los Colegios para poder concursar.

Art. 96. Se establece la limitación de que ningún Notario podrá obtener por concurso más de tres Notarías de la misma clase dentro del plazo de diez años. Se limita asimismo la edad para poder concursar, cuyo límite se fija en los setenta años.

Art. 99. No se permite tomar parte en las oposiciones entre Notarios a los que cuenten con menos de dos años de servicios efectivos.

Art. 102. Se modifica la forma de celebración de los ejercicios de las oposiciones entre Notarios.

Art. 103. Se modifica asimismo la calificación en dichas oposiciones.

Art. 107. Se equiparan, a efectos de permuta, las capitales de Colegio con las poblaciones de más de cien mil habitantes.

Art. 109. Se suprime el derecho de los Notarios excedentes a reingresar por Notaría de la misma clase y del mismo Colegio, conservando, sin embargo, el de reingresar por la misma población.

Art. 141. A los efectos del artículo 16 de la Ley se equiparan las poblaciones en que haya demarcadas dos o más Notarías a las que tengan más de 20.000 habitantes.

Art. 143. Se dispone que, a los efectos del artículo 1.217 del Código Civil, los documentos notariales se regirán por las disposiciones del título IV del Reglamento, y se establece que la fe pública no podrá ser negada ni desvirtuada sin incurrir en responsabilidad.

Art. 146. Se reglamenta la subsanación de las escrituras defectuosas en los documentos inter vivos.

Art. 154. Se ordena la rúbrica de todas las hojas del protocolo por el Notario.

Art. 156. Se suprime el requisito de la presentación de cédula personal de los comparecientes, exigiéndose solamente en el caso en que la Ley lo ordene o el Notario lo estime oportuno la indicación de los documentos personales de los comparecientes.

Art. 178. Se regulan las escrituras llamadas de adhesión para todos aquellos casos en que la Ley no exija expresamente el requisito de la unidad del acto.

Art. 179. Se establece que los Notarios que autoricen o eleven a escritura pública particiones o manifestaciones de herencia, fundadas en testamentos que consignen alguna disposición de carácter benéfico o benéficodecente, notificarán, mediante acta al Ministerio de la Gobernación o al de Educación Nacional, según los casos, el texto íntegro del testamento. Dichas particiones no se admitirán en Registros públicos si no aparecen precisamente en escritura pública y en ésta no consta el cumplimiento de lo dispuesto.

Art. 180. Se recogen las disposiciones de la Ley de 1.<sup>o</sup> de abril de 1939 sobre intervención de testigos en las escrituras.

Art. 198. Se dispone que los Notarios no darán fe de las incidencias ocurridas en actos públicos presididos por autoridad sin ponerlo en conocimiento de ésta. Y que los Notarios sólo pueden consignar en acta manifestaciones que se hagan por personas que conozcan su condición de fedatario por habérselo hecho saber previamente.

Art. 199. Se autoriza a los Notarios para extender las actas posteriormente, con referencia a las notas tomadas sobre el terreno, en el caso de que por cualquier justa causa no fuere posible extenderlas en el lugar de su actuación.

Art. 200. Se autoriza a los Notarios para efectuar las notificaciones que no tengan carácter requisitorio por medio de copia o cédula remitida por correo certificado con acuse de recibo.

Art. 209. Se establece una nueva regulación de las actas de notoriedad, disponiéndose que sobre los hechos notorios que son objeto de las mismas podrán ser fundados y declarados derechos y

cualidades con trascendencia jurídica. Se reglamentan asimismo los requisitos a observar en dichas actas.

Art. 233. Dispone que, con excepción del juicio ejecutivo y de la regulación del Timbre, todas las copias expedidas por Notario tendrán igual valor que la primera, sin más limitación que la derivada del artículo 1.220 del Código Civil.

Art. 236. Dispone que cuando existan en la matriz documentos complementarios de una escritura o acta, en la copia se hará constar simplemente que hay un plano, fotografía, etc., con el número que le corresponda. Se regula asimismo el cotejo de reproducciones de documentos que presenten los interesados en la expedición de copias o en el ejercicio de los derechos derivados de los mismos.

Art. 239. Regula los casos en que el Notario podrá no expresar el carácter o número de las copias.

Art. 251. Admite los testimonios al pie o al dorso de fotografías

Art. 280. Recoge el texto reglamentario del Decreto de 10 de noviembre de 1938 sobre reconstitución de protocolos notariales deteriorados o destruidos.

Art. 284. Dispone la formación de índices alfabéticos en el protocolo.

Art. 291. Sobre autorización de las Juntas Directivas a los Notarios para que puedan depositar parte de su protocolo en el local del archivo de los mismos.

Art. 294. Dispone que en las capitales de Colegio las Juntas Directivas organizarán el archivo general de protocolos del distrito, proponiendo al Ministro el nombramiento de Notario Archivero.

Art. 304. Dispone que, cuando el Ayuntamiento de una cabeza de distrito no facilite local para el archivo, la Dirección, a propuesta de la Junta Directiva, podrá acordar el traslado del mismo a la capital del Colegio de la provincia o a otra población del territorio. Se autoriza a las Juntas Directivas para construir, arrendar, etc., edificios para instalar debidamente el archivo.

Art. 308. Se restablece la condición de Notario mayor del Ministerio de Justicia.

Art. 319. Reglamenta las Juntas de Decanos y la designación de Comisión Permanente de los mismos.

Art. 322. Determina la aptitud para ser elegido miembro de la Junta Directiva y para ser elector de los cargos de la misma.

Art. 325. Establece una nueva reglamentación de las elecciones de las Juntas Directivas de los Colegios.

Art. 327. Exige la *aprobación* expresa de la Dirección para las elecciones de las Juntas Directivas, y dispone que aquélla designará el Decano en caso de que haya que proveer o renovar el cargo.

Art. 328. Las vacantes que se produzcan antes de la renovación reglamentaria se proveerán por la Dirección General.

Art. 331. El presupuesto y las cuentas del anterior ejercicio de los Colegios se remitirán a la Dirección General para su aprobación definitiva.

Art. 332. Se aumenta ligeramente las facultades de las Juntas Directivas de los Colegios.

Art. 338. Regula la facultad de la Dirección de suspender la resolución del concurso o hacer el nombramiento a reserva del fallo que recaiga en caso de recurso por negativa de la Junta Directiva a expedir el certificado de residencia.

Art. 344. Dicta normas para la imposición de las correcciones de apercibimiento y multa.

Arts. 353 a 364. Recogen las normas del Decreto de 7 de mayo de 1942 sobre tribunales de honor.

#### ANEXO I.—MUTUATIDAD NOTARIAL.

Art. 2.<sup>º</sup> Se procurará dotar a las Notarías rurales de casas para vivienda del Notario, despacho y archivo notariales.

Art. 3.<sup>º</sup> Regula los ingresos que han de constituir el fondo ordinario de la Mutualidad notarial.

Art. 8.<sup>º</sup> Modifica ligeramente la forma de justificación de las indemnizaciones y gastos de habilitación de los Colegios.

Art. 14. Establece que la Dirección General designará libremente al Decano que haya de ocupar la vacante de vocal de la Junta de Patronato de la Mutualidad, en casos de vacante extraordinaria.

Art. 19. Regula los casos en que habrá lugar a subvención de congrua y la cantidad en que habrá de consistir. Establece el suplemento de congrua a Notarios padres de familias numerosas.

Art. 20. Declara los casos en que los Notarios no tienen derecho a la congrua.

Art. 24. Determinando los documentos y datos que han de facilitar los Notarios para solicitar la concesión de congrua.

Art. 26. Regula el caso de falsedad en la declaración jurada de percepción de honorarios y de cumplir el deber de residencia que han de presentar los Notarios para la concesión de congrua.

Art. 40. Aumenta las pensiones de jubilación de los Notarios.

Art. 42. Totalmente sustituido. En el nuevo se dispone que la Junta de Patronato podrá conceder la pensión de jubilación a los Notarios cesantes que causaron baja en el escalafón, siempre que se hallen imposibilitados para ganarse el sustento.

Art. 46. Establece que la Junta Directiva podrá suspender el pago de la jubilación cuando el Notario jubilado ejerza actividades que puedan considerarse como de intrusismo profesional.

Art. 47. Regula las pensiones a las familias de Notarios fallecidos, y aumenta el auxilio por defunción hasta 25.000 pesetas.

Art. 50. Reglamenta los plazos para el pago del auxilio por defunción.

Art. 53. Establece que la Junta de Patronato, en vida del Notario cesante, podrá conceder la pensión correspondiente a la familia del mismo siempre que ésta viva, de hecho, separada de aquél.

Los artículos 54 a 64, que constituyen el título VII, reglamentan las becas para hijos y huérfanos de Notarios a base de facilitar, no solamente los estudios, sino también las actividades agrícolas e industriales de los mismos, así como el régimen de internado en caso de huérfanos carentes de familiares y en peligro de abandono.

LA REDACCIÓN.

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

CONTADOR-PARTIDOR. AGOTADOS, CON LA FORMALIZACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN DE LA ESCRITURA DE PARTICIÓN, LOS PODERES CONCEDIDOS AL MISMO POR EL TESTADOR O POR LA LEY PARA DISTRIBUIR LOS BIENES, INTERPRETAR LAS CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS O DICTAR RESOLUCIONES DE TIPO ARBITRAL, NO PUEDE ADMITIRSE LA POSIBILIDAD DE REPETIR EL ACTO VÁLIDO, ENMENDAR SU TEXTO O MODIFICAR SUS PRONUNCIAMIENTOS, SI EL ORDENAMIENTO CIVIL O LOS OTORGANTES DE LAS OPERACIONES PARTICIONALES NO RESERVAN POR VÍA DE COMPLEMENTO, RESCISIÓN O REFORMA EN LOS SUPUESTOS DE LESIÓN DEMOSTRADA, OMISIÓN DE OBJETO, PRETERICIÓN DE HEREDERO U OTRAS CAUSAS LEGÍTIMAS, LA FACULTAD DE OTORGAR NUEVA PARTICIÓN O COMPLETAR LA OTORGADA.

*Resolución de 28 de marzo de 1944. «B. O.» de 30 de abril.*

El Notario de Sevilla D. José Balbuena, en 3 de febrero de 1940, autorizó una escritura de aprobación y protocolización del cuaderno particional de los bienes relietos por doña A. C., en la que comparecieron don F. H., como contador-partidor, y don J. B., como padre y representante legal de cinco herederos menores de edad, haciendo constar que la causante falleció bajo testamento en el que instituyó únicos y universales herederos a dichos cinco menores hijos de su hermano don J. B., y *a los demás sobrinos, hijos de éste, que Dios nuestro Señor fuere servido darle*, pero sólo en usufructo, pues no adquirirían el pleno dominio hasta que hubiesen cumplido veintitrés años; prohibió la testadora a sus sobrinos y herederos gravar, pignorar, vender ni ceder bienes de la herencia, ni aun con autorización judicial, en tanto sean menores; nombró albaceas, con las más amplias facultades, a su hermano don

J. B. y a un sobrino, solidariamente, para que la representen y vendieran valores o inmuebles necesarios al cumplimiento del testamento, prorrogándoles el plazo del albaceazgo hasta que el último de los herederos cumpliese la mayor edad; prohibió la intervención judicial en su testamento y nombró contador-partidor a don F. H., con las más amplias facultades, prorrogándole también dos años el plazo legal.

De conformidad con dicha disposición testamentaria, el contador, con la concurrencia del albacea, practicó las operaciones de inventario y adjudicación de bienes, en las cuales, para el pago de toda clase de gastos de testamentaría, se adjudicaron al albacea bienes por un valor total de 131.475,65 pesetas, quedando obligado el mismo a llevar lo que sobrare como resultado de sus cuentas a la que debía rendir a los herederos. En relación con esta hijuela del albacea se expresó que se le adjudicaban determinados bienes, con cuyo importe se estimó que habría lo suficiente para todo, y si faltare, se supla con lo que se recaude de renta. Afirmándose que en tales términos se formulaban las operaciones participacionales con carácter provisional.

Posteriormente, el 16 de junio de 1941, el Notario de Sevilla D. Francisco Monedero autorizó otra escritura de rectificación de la anterior, en la que comparecieron los otorgantes expresados, que expusieron, como adición y complemento de aquélla, que la adjudicación al albacea para gastos y legados se hizo con la condición expresada en los supuestos, por no conocerse de momento la cuantía de las obligaciones, y cumplido el encargo, ha resultado en su cuenta un déficit de 18.900 pesetas, que fué imposible saldar entonces y lo seguiría asimismo en lo sucesivo con la renta de los bienes de los herederos, por lo que el contador y albacea, cuyos cargos se encontraban vigentes, habían acordado en rectificar la partición, en el sentido de detraer de los bienes hereditarios lo suficiente para aquellas atenciones y para los nuevos gastos de adición y rectificación, escogiendo al efecto la finca de menor valor, que es la casa de la calle González de León, núm. 25, de Sevilla, formulándose al efecto una hijuela adicional al albacea señor B., en la que se le adjudicaba el pleno dominio de la casa por su valor de 25.000 pesetas, y rectificando, en consecuencia, las adjudicaciones hechas en la anterior escritura a los herederos, y toda vez

que los bienes que se le dan en pago son los mismos, menos el número 17 de cada hijuela, o sea la quinta parte indivisa de la mencionada casa, cuya cancelación consentían los otorgantes que se practicase en el Registro de la Propiedad.

Presentada en el del Mediodía, de Sevilla, la escritura de rectificación relacionada, fué denegada su inscripción, 1.º, porque no obstante la prórroga de dos años concedida al contador-partidor, las facultades de éste han concluído, por estar ya verificada la partición, que no puede alterar; y 2.º, porque la rectificación que comprende este documento es un acto de enajenación que no puede llevar a efecto, según el art. 164 del Código civil, el padre de los menores, sin autorización del Juez de su domicilio, y ésta no puede concederla por haberlo prohibido la testadora.

Interpuesto recurso por el contador-partidor, la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, que ratificó, en cuanto al primer extremo, la nota del Registrador y estimó innecesario entrar en el examen del segundo, porque no se trata de enajenación de bienes de menores, aunque resulten privados de los mismos, y teniendo en cuenta que dicho funcionario no ha interpuesto apelación contra dicha decisión presidencial, ha declarado, a más de lo consignado en el encabezamiento, que, según reiterada jurisprudencia, las atribuciones de los contadores-partidores cesan cuando los herederos toman posesión de los bienes integrantes del caudal relicito distribuído por aquéllos en el documento particional, y, por lo tanto, carecen de validez las escrituras en las cuales los ejecutores testamentarios detraigan todos o parte de los ya inscritos a favor de los herederos con las condiciones, limitaciones, prohibiciones y sustituciones impuestas por los causantes, y los adjudiquen en pleno dominio a un coheredero o a un extraño para que los venda, y con su precio, como se expresa en el documento calificado, enjugue el déficit que se dice existente en la cuenta del albaceazgo.

Que los padres que, con arreglo a las disposiciones del Código civil, por no tener intereses opuestos, representaron en una escritura particional a sus hijos sujetos a la patria potestad, no tienen capacidad para avenirse en otra escritura a que se eliminén total o parcialmente los bienes que correspondieron a dichos hijos y que constan en escritura particional ya registrada, porque un ne-

gocio jurídico de tanta trascendencia necesita estar revestido de más requisitos que la mera conformidad paterna, como se infiere de la doctrina de este Centro directivo y de lo dispuesto en el artículo 231 del Reglamento Hipotecario.

Que los artículos 1.034 y siguientes del Código civil establecen las normas a las cuales, «hecha la partición», han de acomodarse los acreedores para hacer efectivos sus créditos; y como estas reglas serían específicamente aplicables si, dados los términos del testamento y del documento particional, fuese aceptable la afirmación en que descansa la escritura cuya inscripción se pretende, hay que reconocer que, además de mediar los graves obstáculos indicados, el procedimiento utilizado no se ajustaría a los preceptos aplicables al supuesto de existir deudas impagadas.

Que, aparte de lo consignado, concurren en el caso debatido las siguientes circunstancias que obstan especialmente a que sea admisible la tesis del recurrente: *a*), la causante, en la cláusula vigésima del testamento, «prohibe a sus respectivos y referidos sobrinos y herederos que puedan gravar, pignorar, vender ni ceder los bienes de la herencia ni aun con autorización judicial en tanto sean menores, pues su deseo es que, cuando cumplan los veintitrés años, entren en la plena propiedad de los bienes que les deja sin reserva de ninguna clase», y, por consiguiente, la intención de la testadora, contraria a que el padre pueda realizar actos de dominio sobre los bienes que correspondieron a sus hijos en la partición, ha de ser respetada como suprema ley sucesoria, e impone al Registrador un criterio restrictivo al apreciar la legitimidad de los actos del padre dirigidos a la enajenación de los bienes; *b*), en el documento particional se previó la posibilidad de que apareciesen más obligaciones a cargo de la herencia, y se estipuló «que si quedare remanente, pase a la cuenta de la administración, y si faltare, se suplirá con lo que se recaude de renta»; pero no sólo no se autorizó la venta de los bienes adjudicados a los menores, sino que, como queda referido, se prohibió terminantemente; *c*), la palabra «provisional» que figura en el documento divisorio no significa que se puedan disminuir los bienes adjudicados a los menores, sino que se emplea para dar a entender que, aunque dichos bienes habrán de ser los mismos en todas las hipótesis, se podrá, en cambio modificar la porción que en estos bienes corresponda

en definitiva a cada menor, según que resulten únicos partícipes los cinco designados nominalmente en la escritura o que, por el contrario, varíe su número por fallecimiento de alguno o algunos o por nacimiento de más hermanos, interpretación derivada del testamento y del documento particional, en el cual se manifiesta que la adjudicación a los menores «es proindivisa y provisional, pero efectiva...», lo cual obliga a los actuales herederos conocidos a enmendar la presente, según el número de herederos definitivos..., sin perjudicar el carácter de firmeza y obligatoriedad de estas operaciones»; *d*), el artículo 82 de la Ley Hipotecaria exige, para cancelar inscripciones hechas en virtud de escritura pública, la conformidad de los interesados o de sus representantes legítimos y no permite extender el asiento solicitado en la escritura objeto del recurso, porque los otorgantes de la misma no tienen facultades para consentir en la cancelación; *e*), y por último, esta escritura otorgada cerca de año y medio después del documento particional, no indica el origen y las fechas de las deudas para cuya efectividad se ha de hacer la enajenación, ni su cuantía individual, ni contiene prueba alguna que acredite su existencia, ni menciona los nombres de los acreedores, ni adopta garantías sobre el procedimiento para la venta en las mejores condiciones posible de la casa, sita en Sevilla, y valorada libremente en 25.000 pesetas, o para asegurar, en vista de las prohibiciones testamentarias, el destino del precio que obtenga el padre de los menores o, por lo menos, de la parte del mismo que exceda de las deudas, estimadas tan oscuramente en 18.300 pesetas, ni, en general, impone al adjudicatario para pago otra limitación que la de que el precio no sea inferior a aquella cantidad; y, por lo tanto, si tal escritura se declarara inscribible nada impediría que por sucesivos reconocimientos de deudas tan imprecisas y mediante peligrosas adjudicaciones para pago se pudiera dar lugar a que contra la voluntad de la causante, dirigida a la conservación de los bienes hasta la mayoría de edad de los herederos, antes de llegar ese momento hubiesen salido del patrimonio de éstos todos los bienes comprendidos en sus respectivas hijuelas.

\* \* \*

La lectura del último considerando ahorra todo comentario. No se puede rechazar con más severidad y corrección la escritura de rectificación objeto del recurso.

**CANCELACIÓN DE LIMITACIONES DE DOMINIO CONSIGNADAS EN INSCRIPCIONES.**

*Resolución de 29 de marzo de 1944. «B. O.» de 24 de abril.*

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valladolid dirigió mandamiento por duplicado al Registrador de la misma ciudad, haciendo constar que en dicho Juzgado se seguían autos de juicio declarativo de mayor cuantía sobre desaparición de unas limitaciones inscritas en el Registro de su cargo, respecto de la casa número 26 de la calle de la Pasión, en cuyos autos, y después de la tramitación legal, se dictó sentencia, fecha 7 de noviembre de 1940—cuya parte dispositiva copiaba—, por la que se declaró que, siendo ilegal la condición impuesta para los efectos de la limitación de los derechos hereditarios de D. N. O., y debiendo tenerse por no puestas, según declaraciones ya firmes de la autoridad judicial, aquellas limitaciones que aparecen en las cláusulas testamentarias números 20 y 27 y constan en las inscripciones del Registro de la Propiedad como restricciones al derecho dominical de los actuales dueños de tales bienes, deben desaparecer y, en su consecuencia, se condenó a los demandados a que estén, pasen por esta declaración y consientan la desaparición de aquellas limitaciones en el Registro.

Habiendo adquirido el carácter de firme la sentencia por providencia de 31 de agosto de 1942, se libró nuevo mandamiento al Registrador para que, en ejecución de lo acordado en la misma, procediese a cancelar las inscripciones que existan en el Registro respecto de las limitaciones del dominio que consten en la citada casa, a la que se refiere la sentencia, y practique el asiento que legalmente proceda, haciendo constar que, siendo ilegal la condición impuesta en la cláusula 20 del testamento, bajo el que falleció D. N. O., para los efectos de la limitación de los derechos hereditarios de este señor, deben tenerse por no puestas las mismas como restricciones al derecho dominical de la finca, en consideración, además, de no haberse cumplido la condición resolutoria que contiene la citada cláusula testamentaria; añadiéndose que las limitaciones que habían de desaparecer y la finca a que afectan

son las de la indicada casa de la calle de la Pasión, finca número 11.815 del Registro, formada por la unión de las que en el mismo figuraban con los números 4.736 y 2.709 y una pequeña parte de la que se segregó de la número 394, terminando con la relación de los títulos adquisitivos de las mismas.

Presentado el último mandamiento en el Registro de Valladolid, fué denegada la cancelación: 1.º, por no insertarse íntegra la sentencia, lo cual se consideró necesario para hacer una calificación completa, dado como se planteó el pleito y su contenido; 2.º, porque en la parte dispositiva de la sentencia no se dispone la cancelación de inscripciones, sino que se condena a los señores que expresa a que estén y pasen por la declaración que antes se hace y consientan la desaparición de las limitaciones que aparecen en las cláusulas números 20 y 27 del testamento de D. N. O.; y la declaración que antes se hace de la ilegalidad de una condición que se dice impuesta para la limitación de los derechos hereditarios del señor O., resulta oscura, contradictoria y en desacuerdo con el contenido del Registro, toda vez que en éste consta que la cláusula 27 repetida se declaró imposible en Derecho, nula y como no puesta, por sentencia de la Audiencia Territorial, según hubo de manifestarlo ya el calificador anteriormente al presentarse otro mandamiento anterior; sin que haya nada referente a la cláusula 20 del testamento que contiene la institución de heredero, conforme a la cual, si el nombrado falleciese sin sucesión, pasarían los bienes a las personas que designaba, cuyo cumplimiento o incumplimiento ha de reflejarse en el Registro en la forma señalada en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria, según también se indicó al Juzgado. Por tanto, si no se ha cumplido esa condición resolutoria, no procede cancelación alguna para que el derecho del actual titular sea definitivo, sino extender la oportuna nota marginal, haciéndolo constar mediante la presentación de los documentos adecuados; 3.º, porque se requiere la determinación precisa de las inscripciones que han de cancelarse, cuya nulidad ha tenido que ser declarada previamente. Los defectos segundo y tercero se consideraron insubsanables.

Interpuesto recurso, la Dirección, confirmando en parte el auto del Presidente de la Audiencia, que ratificó la nota del Registrador, manifiesta que los defectos segundo y tercero sólo tienen el

carácter de subsanables, expresando, por lo que se refiere al primero, que si en ocasiones la sencillez del procedimiento permite al Registrador calificar con sólo la inserción de la parte dispositiva de la resolución judicial, en casos como el presente ha de reputarse necesaria la total inserción de aquélla, porque de la lectura y estudio de los documentos presentados no se desprende la posibilidad de darles exacto cumplimiento en los libros del Registro.

Que para decidir respecto del segundo motivo de la nota conviene tener presente, cualquiera que sea la diversidad entre los mandamientos expedidos por el Juzgado, que reflejan el fallo dictado, en el que se declara de un modo indirecto que la condición impuesta era ilegal para los efectos de la limitación de los derechos hereditarios, y al tener por no puestas, según declaraciones ya firmes de la Autoridad judicial, las limitaciones de las cláusulas 20 y 27 del testamento, bajo el que falleció D. N. O., que constan en el Registro como restrictivas del dominio de los actuales dueños de la casa de la calle de la Pasión, número 27, de la ciudad de Valladolid, debían desaparecer, por lo que se condenó explícita y terminantemente a los demandados a que estén y pasen por la declaración y consientan la desaparición de las limitaciones, todo lo cual no autoriza para afirmar que no resulta claramente el acuerdo de cancelar, aunque la manifestación que en el último mandamiento se hace sobre el cumplimiento de la condición resolutoria contenida en la cláusula 20 del testamento ha de reputarse errónea, puesto que si lo pretendido era dar por incumplida aquella condición, lo procedente sería extender la correspondiente nota marginal, de conformidad con el artículo 16 de la Ley Hipotecaria.

Que los mandamientos de referencia adolecen de falta de claridad y precisión, pero sus declaraciones, entendido el fallo en la forma antes expuesta, ofrecen al Registrador bastante apoyo para que, una vez que se le presente la copia auténtica de la sentencia, si sus pronunciamientos no fuesen contradictorios, pueda realizarse la cancelación de las inscripciones restrictivas del dominio de los actuales dueños de la finca, derivadas del testamento de D. N. O., sin que nada proceda hacer constar respecto de la cláusula 27, porque la declaración de nulidad fué ya oportunamente reflejada y no hay razón para reproducirla.

Considerando que la condena impuesta a los demandados para

que estén y pasen por lo dispuesto debe entenderse como una consecuencia de los principios de inscripción y consentimiento que obligaban al demandante a dirigirse contra la persona o personas que, según el Registro, hubieran de ser perjudicados por el acto inscribible, aun en el supuesto de que en el pleito no se ventilase una transmisión propiamente dicha de derechos, sino más bien la rectificación de los asientos practicados.

Considerando, por último, que si el exigir la precisa determinación de las inscripciones que hubiesen de ser canceladas, materia del tercer motivo de la nota es poner de relieve el derecho y el deber que corresponde a la Autoridad judicial para determinar, dentro de los pedimentos de la demandada, los asientos cuya nulidad, modificación o cancelación se ordene, no parece existir inconveniente alguno en admitir cuando los datos facilitados por las partes, si bien suficientes para decidir, adolezcan de imprecisión sobre aquel extremo, que pueda suplirse esa omisión, y realizarse la determinación de asientos durante el período de ejecución de sentencia, siempre que no haya terceros interesados.

Para percibirse plenamente del precedente recurso habría que traer a este lugar las alegaciones del recurrente y el Registrador, unas y otras merecedoras de atención y estudio. Imputada por el primero al segundo falta de unidad de criterio en su calificación, por ser diversas las notas por el último consignadas en dos mandamientos idénticos, fué rechazada tal imputación por el calificador, por carecer de fundamento, ya que, como el mismo recurrente reconoce, los mandamientos se referían a supuestos diversos, toda vez que el primero ordenaba la cancelación de anotaciones—si bien hay que reconocer debió ser por error, decimos nosotros—y el segundo la cancelación de inscripciones.

Lo evidente—señalado por el Registrador y recogido por el Ilustre Centro Directivo—es que para la calificación completa del asunto era preciso la total inserción de la sentencia, y que, como dice el primero de los considerandos—que deliberadamente hemos omitido para resaltarlo en este lugar—, «como consecuencia de la importancia y efectos que confieren a la inscripción los sistemas hipotecarios, se impone la necesidad de someter a un examen riguroso todos los documentos que hayan de ser inscritos, cualquiera que sea su clase, por lo que, sin perjuicio de las prerrogativas de

poder judicial, se halla reconocido que la calificación registral comprende también a los documentos judiciales en cuanto se funde sobre obstáculos del Registro, formalidades externas, competencia del Tribunal o congruencia del mandato con la naturaleza del juicio y trámites seguidos», lo que transcribimos con satisfacción, pues sobre poner de relieve la facultad calificadora de los Registradores de la Propiedad para toda clase de documentos, ratifica nuestro criterio ya expuesto con motivo de la Resolución de 18 de abril de 1942, que puede verse en el número 169 de esta Revista, correspondiente al mes de junio de 1942.

DESAPARICIÓN DE TESTAMENTO. DEMOSTRADA DE UN MODO INCONTROVERTIBLE LA EXISTENCIA DE UN TESTAMENTO AUTORIZADO NOTARIALMENTE CON POSTERIORIDAD AL PRESENTADO, POR HABERSE DESTRUÍDO EL PROTOCOLO DONDE SE ARCHIVABA AQUÉL, Y AUN EN EL SUPUESTO DE NO PODER SER RECONSTITUÍDO EL MISMO POR LOS MEDIOS EXCEPCIONALES QUE CONCEDE EL DECRETO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1938, CABRÍA ANTE TODO LLAMAR A LOS HEREDEROS AB INTESTATO EN VEZ DE A LOS INSTITUÍDOS EN EL TESTAMENTO ANTERIOR, POR OPONERSE A ESTO LA AFIRMACIÓN TERMINANTE DEL ARTÍCULO 739 DEL CÓDIGO CIVIL.—PARTICULARIDADES DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO DEL DERECHO HEREDITARIO : POR DEUDAS DEL CAUSANTE, DE LA HERENCIA O PROPIAS DEL PRESUNTO HEREDERO, Y SU PROYECCIÓN SOBRE LA SOCIEDAD CONYUGAL EXTINTA ANTES DE SU LIQUIDACIÓN.

*Resolución de 30 de marzo de 1944. «B. O.» de 27 de abril.*

Igual en todas sus partes a la de 1.º de junio de 1943, que aparece extractada y comentada en el número 183 de esta Revista, correspondiente al mes de agosto del pasado año.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.  
Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Especial

SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1943.—*Moratoria.*

Ninguna de las disposiciones legales reguladoras de la moratoria, decretada con ocasión de la guerra civil, contiene la prohibición de ejercitar acciones encaminadas a obtener judicialmente el aseguramiento de los créditos afectados por aquella medida protecciónista del deudor, en méritos de defensa de la economía nacional; antes bien, la posibilidad del ejercicio de tales acciones durante la vigencia de la moratoria, se infiere claramente de los términos en que están concebidos no sólo el artículo 1.<sup>º</sup> del Decreto de 9 de noviembre de 1939 y el 72 de la Ley sobre Desbloqueo, que, al declarar facultativo para el deudor el beneficio de la moratoria, asignan tácitamente a este beneficio el carácter de renunciable, y, por lo tanto, incompatible con la naturaleza y efectos de las leyes prohibitivas, sino también, y principalmente, del preámbulo del Decreto de 20 de septiembre de 1936 y de la Orden de Hacienda de 22 de enero de 1941, en que, recogiendo la finalidad y significación jurídica de la moratoria como mera suspensión del vencimiento de las obligaciones a que se refiere, autorizan el ejercicio de acciones tendentes a la declaración y aseguramiento de los derechos del acreedor e impiden únicamente la exigibilidad o ejecución forzosa, según fué declarado ya por esta Sala en sentencia de 1.<sup>º</sup> de junio de 1942.

Si algún asomo de duda pudiera ofrecer la precedente doctrina durante la vigencia de la moratoria, quedaría perfectamente aclarada por el Decreto de 22 de julio de 1942, expresión indubitable de

la *mens legis* en punto a la actuación judicial referente a las obligaciones protegidas, ya que en el artículo 1.º, sobre moratoria general, y en el 10, sobre moratorias especiales, se dispuso que al quedar alzada la moratoria «serán exigibles las deudas, pudiendo ser incautados, *proseguidos o terminados* los procedimientos correspondientes, y si ya existiere sentencia firme, *podía instarse la ejecución*».

#### SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1943.—*Ley de desbloqueo.*

La cuestión debatida y sobre la que versa el único motivo en que se articula el recurso es la de si las frases «transcurrido el término de cinco años a partir de hoy», en que según la cláusula de la escritura de préstamo otorgada en 10 de julio de 1933 se obliga al deudor a devolver la cantidad prestada al acreedor o a quien su derecho tuviese o representase, ha de estimarse plazo superior a cinco años y, en su consecuencia, si está o no comprendido dentro de la Ley de desbloqueo de 7 de diciembre de 1939.

Del sentido literal de la cláusula aparece claro que el plazo fijado es el de cinco años, tiempo durante el cual el deudor hace suya la cantidad prestada y en el instante mismo de terminar recaba el acreedor su derecho a ser reintegrado en ella, simultaneidad en el tiempo que excluye, tratándose de fijación de plazo de cumplimiento de obligación, la idea de exceso en el término fijado numéricamente.

Si el razonamiento anterior no se ajustase al sentido literal a que se refiere el art. 1.281 del Código civil y hubiera de juzgarse la intención de los contratantes por los actos coetáneos y posteriores de éstos a que alude el art. 1.282 del propio Código, las frases que el demandante emplea en el requerimiento hecho al deudor en 9 de marzo de 1939: «bien sabe usted e ignorar no puede que con escritura de 10 de julio presté a usted la cantidad de 125.000 pesetas por el plazo de cinco años», cuyo acto propio y posterior del acreedor aparece confirmando la intención de que el plazo fijado fué el de cinco años y no superior a éste, como pretende el recurrente.

Si no apareciese suficientemente clara dicha intención, habría de estimarse así de acuerdo con lo establecido en el art. 1.284 del Código civil, ya que obligado el deudor a devolver la cantidad pres-

tada, transcurridos cinco años, si ello no se entiende en el instante mismo de expirar éstos, el plazo de exigibilidad aparecía indeterminado y hubiera de ser preciso acudir al Juzgado para fijarlo o, lo que es igual, que en la cláusula no produciría efecto a los fines para el que fué consignada y tal interpretación pugna con el precepto antes citado del art. 1.284 del Código civil.

#### SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1944.—*Abuso de derecho.*

«El clásico axioma *qui iure suo utilit neminen laedit*, proclamado en las fuentes romanas (*Digesto*, libro 50, título 17, fragmentos 55, 151 y 155), y que plasmó dentro de nuestro Derecho histórico en la regla «non faze tuerto a otro quien usa de su derecho» (Partida 7.ª, título 34, regla 14), quiere decir que el ejercicio del derecho es lícito aun cuando, merced a él, se lesionen simples intereses de tercera personas, y, por consiguiente, en tesis general, no hay obligación de indemnizar los daños causados con ocasión de tal perjuicio; mas no debe darse a esa máxima un alcance demasiado literal y absoluto, que le pondría en pugna con las exigencias éticas del derecho, reconocidas en todos los tiempos y que ni siquiera fueron extrañas al propio Derecho de Roma, en el cual los rigores del individualismo jurídico estuvieron templados por multitud de normas concretas que limitan el absolutísimo de los derechos subjetivos. La doctrina, en trance de revisar y, en cuanto sea necesario, rectificar los conceptos jurídicos, impulsada por las nuevas necesidades de la vida practicada y por una sana tendencia de humanización del Derecho civil, ha elaborado la teoría llamada del abuso del derecho, sancionada ya en los más recientes ordenamientos legislativos, que considera ilícito el ejercicio de los derechos cuando sea abusivo; y si bien existen discrepancias, teóricas y positivas, en orden a importantes puntos, entre ellos la construcción sistemática de la teoría en cuestión (el debatirse si se trata de una simple aplicación del acto ilícito o de una teoría autónoma que opera dentro de una especie de zona intermedia, constituida por los actos cumplidos dentro de la esfera del derecho, pero mediando un abuso y engendrando una responsabilidad), así como también la extensión del principio prohibitivo con relación a las diversas categorías de derechos subjetivos,

y sobre todo las condiciones o elementos, subjetivos u objetivos, que han de determinar la estimación del abuso, es lo cierto e innegable, de todos modos, que tales dudas o divergencias no pueden borrar la conformidad sustancial del pensamiento jurídico moderno en torno a la idea de que los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad ; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica patria, que ha recogido y perfilado el concepto del abuso del derecho, considerándole integrado por estos elementos esenciales : *a*), uso de un derecho objetivo externamente legal ; *b*), daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y *c*), inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). Lejos de existir en nuestro sistema jurídico precepto alguno que impida la aceptación del principio prohibitivo del abuso del derecho, se registran a través de algunas reglamentaciones muy modernas, e incluso también a través del articulado del Código civil, numerosas normas e instituciones concretas que responden a la idea de que la facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada, o que, con análogo enlace, recogen el principio de la buena fe como criterio general que ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas ; siendo también de notar que el artículo 1.902 del citado Cuerpo legal, al establecer el principio fundamentalísimo de que quien «por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado», sin precisar de modo estricto que esa acción u omisión sea contraria a la Ley o extraña a la esfera del derecho, permite admitir, con una interpretación amplia, que puede alcanzar esta responsabilidad a los actos u omisiones realizados en el ejercicio abusivo de los derechos ; sin que existan, por otra parte, razones legales que impidan dar a los conceptos de abuso y de culpa toda la extensión y amplitud que demandan las exigencias morales impuestas por las características del vivir social.

actual, incluyendo en el ámbito del abuso del derecho todos los móviles ilegítimos de cualquier clase que puedan determinar la conducta del titular, bien tengan la característica extrema de la intención de dañar, o ya consistan únicamente en simples faltas que se traduzcan en una utilización anormal del derecho de que se trate, no adecuada a su verdadero espíritu y finalidad. La jurisprudencia de esta Sala, aparte de haber hecho en muchas ocasiones virtual aplicación de los principios en que descansa la teoría del abuso del derecho, la ha recogido recientemente de manera formal como un complemento o aclaración necesaria al antiguo principio de que quien usa de su derecho no daña a nadie, al consignar, en sentencia de 13 de junio de 1942 (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, pág. 609), la salvedad de que ese principio jurídico no tiene un valor absoluto y ha de ser atemperado por la doctrina que admite la indemnizabilidad del daño ocasionado en el ejercicio del derecho, siempre que éste se actúe en forma abusiva.»

La sentencia que tenemos a la vista, y que se basa en una ponencia del ilustre civilista Castán, reconoce por primera vez la prohibición del abuso del derecho. Este cambio radical de la jurisprudencia era de prever desde que el Tribunal Supremo había rechazado en dos memorables sentencias—del 4 de abril de 1942 (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, págs. 414 a 418) y del 8 de abril del mismo año (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, págs. 605 a 608)—el fraude de la Ley, puesto que el mencionado fenómeno se compone de un doble abuso de derecho (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, pág. 417), y no hay motivo alguno para sancionar el doble abuso y legitimar el sencillo. Así previmos la trayectoria jurisprudencial ahora emprendida: «Estimamos, por tanto, que la concepción del fraude a la Ley, como causa de nulidad, por dos sentencias del Tribunal Supremo, desembocará en la lisa y llana admisión del abuso de derecho como barrera del ejercicio arbitrario de un derecho subjetivo» (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, pág. 606).

La sentencia del 14 de febrero de 1944, al aludir a la de 13 de junio de 1942, parece querer figurar como segundo fallo acerca de la prohibición del abuso del derecho, sentando por ello doctrina a los efectos del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Lo cierto es que la sentencia de 13 de junio de 1942 (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, pág. 609) exige, a los efectos del ar-

título 1.902 del Código civil, una conducta antijurídica y considera el derecho subjetivo a realizar una conducta como causa de justificación de la misma, añadiendo finalmente como *obiter dictum*, o sea de manera platónica, las siguientes palabras: «Siquiera tal principio jurídico no tenga un valor absoluto y sea atemperado por la doctrina científica moderna, admitiendo la indemnizabilidad del daño ocasionado en el ejercicio del derecho, siempre que éste actúe, por su titular, en forma abusiva.»

De todos modos, la nueva jurisprudencia es acertada y ofrece una parte, en el escrito de conclusión, pida la declaración de nulidad su acercamiento al Derecho natural.

**SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1944.—*Incongruencia; simulación y documento público.***

Esta sentencia sienta una doctrina y repite otra: 1) Permite que una parte, en el escrito de conclusión, pida la declaración de nulidad de un contrato o la prescripción de la acción de guisa que renuncia al primer pedimento, si el Tribunal lo juzgara incompatible con el segundo, de lo cual se deduce que si el Tribunal aprecia ambas peticiones compatibles y decreta la nulidad del contrato, no incurre en el vicio de la incongruencia. 2) Declara que la fuerza probatoria de un documento público no se refiere a la veracidad de las intenciones de los contratantes y no obstaculiza, por ende, la investigación de si un contrato que consta en documento público es nulo por simulación.

**SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1944.—*Nulidad de un laudo infractorio del principio «audiatur et altera pars».***

Precisa, ante todo, decir que, cualesquiera que sean las difíciles técnicas con que se tropiece para construir en la dogmática la figura del proceso arbitral y de amigable composición, obedientes a un común designio de paz y en cuya concepción se dibujan como posiciones antagónicas la de los que lo reputan acto propiamente jurisdiccional, y la que ocupan quienes sustentan el parecer de que

es un negocio de mero derecho privado, no ofrece dudas que en su génesis y desenvolvimiento ulterior presenta facetas diversas que hasta cierto punto explican la contraposición de pareceres; pues si en los momentos iniciales (otorgamiento de la escritura, aceptación de árbitro o amigable componedor) predomina la voluntad privada, incluso en el ámbito señalado a las actividades del futuro juzgador, cuando éste actúa, investido del poder que le fué conferido, realiza una función pública—la de juzgar—que nace, por obra de la Ley, en una renuncia del Poder público, a que por esencia está atribuída, y que, con facultades inequívocas que acusan su presencia y matizan inconfundiblemente la naturaleza del instituto, condiciona *ab initio* la actuación de los litigantes, vela porque no rebase el ámbito legal, corrige por modos diversos la anormal desviación de las normas rectoras, y sólo dentro de estos límites ampara, en ulterior término, la ejecución de lo resuelto, que encomienda entonces a un organismo propiamente jurisdiccional. Lo expuesto tiene un considerable valor para decidir cuestiones como la que ahora se resuelve; porque si a las partes es lícito condicionar las actividades del común amigo dentro del amplio marco del juicio de composición que es objeto de la Sección segunda, título quinto, Libro segundo de la Ley procesal civil; si al amigable componedor es dado también fallar sin atenerse a normas legales, y, según lo que su leal saber y entender le dicte, es obligado, en cambio, para todos cumplir lo que disponen las normas del Derecho necesario, una de las cuales es la de prestar audiencia a las partes, que recoge el segundo párrafo del artículo 833 de la Ley procesal; lo que revela inequívocamente que el *principio de contradicción* que con el de *igualdad* es rector del proceso, contenido en los axiomas *audiatur et altera pars.* o también *nemo debet inaudito damnari*, no sólo es fundamento y supuesto de validez del proceso público, en el que tiene numerosas aplicaciones, sino que constituye base necesaria de la actuación pacificadora de los comunes amigos; y que sólo atacándolo está rodeada la decisión de éstos de aquellas garantías que exige la alegación, defensa y prueba de las contrapuestas pretensiones que en pro de los intereses, igualmente contradictorios, están llamados a zanjar.

SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1944.—*Orden público internacional.*

«Si bien en materia de derechos y deberes de familia y estado de las personas son, en general, de aplicación las leyes del país de origen—criterio reflejado en el artículo 9.<sup>º</sup> de nuestro Código civil—, ello se entiende en cuanto dichas leyes no se opongan a las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, según expresa el artículo 11 del mismo Código; y si se toma en cuenta la indiscutible trascendencia que en materia de buenas costumbres ofrece cuanto afecta a los caracteres de unidad e indisolubilidad del vínculo conyugal, se impone la consecuencia de someter su regulación a nuestras leyes, y con mayor razón si el matrimonio se celebró en nuestro país y los conyuges—cualquiera que sea su nacionalidad—tienen en él su domicilio. Con relación al caso del presente recurso, concedida por la Ley de 23 de septiembre de 1939 a los conyuges divorciados la posibilidad de reconstruir su hogar y tranquilizar su conciencia, solicitando la nulidad de la unión civil celebrada con posterioridad a su legítimo matrimonio, resultaría opuesto al criterio indicado negar aquel beneficio a un extranjero que, según reconoce la sentencia recurrida, tiene su domicilio en nuestra Nación, contrajo en él matrimonio canónico; obtuvo en España, en aplicación de la Ley hoy derogada del 9 de marzo de 1932, sentencia de divorcio, y que, habiendo celebrado posteriormente una unión civil ante Juez municipal y en territorio español, solicita ahora el amparo de los Tribunales de nuestro país para poner fin a su anómala situación conyugal.»

La sentencia del Tribunal Supremo es acertada. No obstante, existía una célebre dificultad no mencionada ni siquiera por los considerandos: ¿Puede o no puede pertenecer al Orden público internacional una norma nacional meramente permisiva? (1). En efecto, si la Ley del 23 de septiembre de 1939 hubiera decretado la nulidad de todos los matrimonios civiles celebrados en las condiciones mencionadas en la Ley, no cabría duda alguna acerca del carácter de tal Ley como perteneciente al Orden público internacional. Mas dicha Ley no procede de tal manera: concede meramente a las

(1) Véase sobre este particular Werner Goldschmidt: «La norma de colisión como base de la sistemática del Derecho Internacional Privado». Madrid, 1935, págs. 51 y 52.

partes una facultad de anular el matrimonio civil y tolera, por tanto, en el territorio nacional todos aquellos matrimonios civiles respecto a las cuales no se ha ejercitado esta facultad. El problema presente se halla discutido en la literatura científica con ocasión del divorcio vincular. Por regla general, las legislaciones no decretan el divorcio vincular *opé legis* al concurrir determinadas circunstancias; permiten meramente, en esta hipótesis, a las partes hacer uso de la facultad de pedir el divorcio. Hay países (Alemania, Inglaterra) que consideran el permiso de divorciarse como perteneciente al Orden público, mientras que otros (Francia, Bélgica, Suiza) sostienen opinión diversa. Ahora bien: en buena doctrina, hay que distinguir entre el *ejercicio de una facultad* y la *posibilidad jurídica del ejercicio*, que es precisamente el contenido de la facultad. Puede ser que el ejercicio de una facultad no pertenezca al Orden público, y que, en cambio, sí pertenezca a él la posibilidad de ejercitárla. En nuestro caso ocurre así: el Orden público internacional no reclama la nulidad de todos los matrimonios civiles en las indicadas condiciones, mas sí exige la posibilidad de anularlos para quien de esta forma quiera reconstruir su hogar o tranquilizar su conciencia.

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1944.—*Interpretación de contrato.*

En caso de discrepancia o diferencia entre las cláusulas generales y las especiales, hay que atenerse a éstas, porque es regla de interpretación la preferencia de lo especial y particular sobre lo general y porque las cláusulas especiales tienen precisamente por objeto alterar o aclarar lo contenido en las condiciones comunes, sobreponiendo a éstas un sentido más concluyente y más concretamente adaptado al caso singular de que se trata.

## Tribunal Especial de contratación en zona roja

SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1944.—*Artículo 1.268 del Código civil.*

Se hace derivar en la demanda la intimidación que fundamentalmente acusa, además de la coacción ambiental que gravitaba sobre Orihuela como en toda la parte de España dominada por los marxistas, de los hechos de que siendo deudor D. F. B. a la Caja de Socorros y Ahorros de dicha ciudad, de cuyo Consejo de Administración formaba parte, de 225.000, una banda de facinerosos, capitaneados por *El Chirrín*—ejecutado después por asesino—, reclamaba la efectividad de los créditos contra los deudores, entre ellos, el demandante, al que conminaron con matarle si no liquidaba la deuda, amenaza que tuvo lugar a principios del año 1937; de que fué preso el 15 de marzo de 1938 y trasladado el 20 a la cárcel de Alicante, en la que permaneció hasta diciembre siguiente, en que recobró su libertad, siguiéndose durante el período de su encarcelamiento las amenazas contra su mujer y sus hijos para que abonaran la suma debida, por lo que aquélla fué a consultarle toda atrabilada a la cárcel, y al comprender el riesgo de muerte en que se hallaban personas tan intimamente ligadas con él, la mandó proporcionarse dinero, vendiendo para ello lo que fuera preciso, incluso las fincas, e hizo llegar a su esposa el documento de 8 de junio de 1938, de autorización para enajenar todo lo que hiciera falta, y que en esas circunstancias se le presentó D. M. V. ofreciéndole con la compra de sus tierras el medio de librarse de la situación en que se encontraba, y así, el 24 de ese mes firmaron el contrato de compraventa de los inmuebles, por los que se dieron 450.000 pesetas en moneda roja, haciéndose constar que las fincas estaban libres de todo gravamen, no obstante pesar sobre ellas la hipoteca a favor de la Caja de Socorros dicha.

El artículo 1.268 del Código civil preceptúa, como se ha dicho, que la violencia o intimidación anula la obligación, aun empleadas por un tercero que no intervenga en el contrato; ahora que es absolutamente indispensable, para que produzcan aquel efecto, que tiendan a conseguir la celebración del contrato no requerido por el intimidado.

de manera que aun en la hipótesis de que todas las amenazas de que habla en su demanda el Sr. B. fueran ciertas, lo que carece de demostración en el pleito es que tendieran a conseguir la enajenación a favor del Sr. V. de las fincas que adquirió éste por el tan repetido contrato, que otorgó con la mujer mandataria de aquél, cuya nulidad por tales motivos es imposible decretar.

SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1944.—*Artículo 2.<sup>o</sup> de la Ley de 5 de noviembre de 1940.*

La demanda deducida en esta litis por D. I. V. S. contra D. R. V. J. se funda en la esencial alegación de que la escritura por ambos otorgada en 10 de noviembre de 1938 ante el Notario de Valencia D. F. M. M. sobre compraventa de una farmacia y droguería de la propiedad de aquélla lo fué a virtud de la intimidación ejercida en la persona de la demandante por el demandado, amenazándola con que, de no prestar su asentimiento, denunciaría su resistencia a los Tribunales y autoridades, no obstante haberse hecho saber a aquél por un hermano de la actora los peligros que podían derivarse de sus amenazas, dadas las disposiciones dictadas por las autoridades rojas a las que se negaban a admitir pagos en el dinero que entonces circulaba, sin que del conjunto probatorio aparezca demostrado otro hecho real y cierto, fundamental y básico para esta sentencia, que el referente a que el demandado, para dar forma solemne al contrato privado que con fecha 11 de agosto de 1930 sobre compra de la mencionada farmacia celebró con la actora y obtener carta de pago de la cantidad de 12.000 pesetas que le restaba por abonar como pago del precio convenido, realizó cerca de ella varias gestiones amistosas en las que llegó a ofrecerle soluciones con la finalidad de aplazar la entrega de la cantidad adeudada en forma que no le fuera onerosa, y que sólo ante las evasivas y ausencias de la demandante, el demandado le dirigió dos cartas con distintas direcciones, manifestándole que de no otorgar la correspondiente escritura acudiría al Juzgado para consignar la cantidad adeudada.

Si bien el concurso de voluntades que se manifestó en las capitulaciones que constituyen el contenido de la escritura cuestionada impide que el pago y efectos del mismo, que así concertados acusan la existencia de un negocio bilateral, se califique como verdadero negocio unila-

teral, no es menos cierto que entre los contratantes que hoy litigan estaba concertado con anterioridad un contrato de compraventa con la eficacia que reconocen los artículos 1.445, 1.254, 1.258, 1.278 y 1.279 del Código civil, puesto que los términos del hecho constan en el documento privado de 11 de agosto de 1930, escrito por ambos litigantes, y los actos posteriores de entrega de la cosa y pago de parte del precio en la forma convenida determinan los requisitos esenciales que integran el perfeccionamiento de una relación contractual de la expresada clase, hallándose ambos litigantes de acuerdo, y así parece demostrado en la prueba practicada, en que la escritura pública antes dicha se otorgó para dar una mayor solemnidad al pago de las 12.000 pesetas, resto vencido del precio convenido y como consumación de aquel contrato privado, y que lo pretendido en la demanda es dejar sin efecto esta extinción de esa relación obligatoria, único propósito que motivó la escritura pública impugnada, dejando subsistentes la venta y pagos hechos con anterioridad, lo que evidencia, y así aparece en el pleito, que la cuestión debatida se refiere solamente al pago de la expresada cantidad.

Las anteriores apreciaciones ponen de manifiesto la improcedencia de la acción de anulabilidad ejercitada en la demanda al mpro del artículo 2.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940, por no haber ocurrido en el otorgamiento de la escritura que la actora impugna las circunstancias de hecho que para que pudiera declararse su nulidad exige dicho precepto, ya que ni se ha demostrado que para que fuera aquélla firmada medió la intimidación que se alega y no se justifica, porque la carta que el demandado dirigió a la actora carece de contenido intimidatorio, el ejercicio del derecho que a todo deudor conceden los artículos 1.170 y 1.177 del Código civil de consignar la cosa debida no es susceptible de producir aquel efecto, máxime cuando está precedida de gestiones amistosas para resolver la oposición al pago en forma de que no fuese gravoso para el deudor demandado.

SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1944.—*Artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940.*

El claro tenor del artículo 17, párrafo 2.º de la ley Especial, y el modo restrictivo que, sin género alguno de duda, ha de presidir su aplicación en cuanto signifique apartamiento excepcional del principio fun-

damentalmente acogido por el Código civil de que los derechos a la sucesión de una persona no se transmiten hasta el momento de su muerte, por lo que el heredero voluntario que muere antes que el testador no transmite ninguno a sus herederos, no consienten que se reconozca eficacia a las disposiciones testamentarias cuando la premoriencia del instituído es al mismo imputable; y aunque no se ha de desconocer la posibilidad de algún extraordinario caso en el que el suicidio mereciera ser equiparado al fusilamiento o al asesinato por adhesión a la causa del Movimiento Nacional, sólo sería así cuando el suicida no lo hubiera sido por propia voluntad, sino forzado a hacerlo de manera y en circunstancias tales que fueran reveladoras de que sólo por la expresada adhesión sacrificó su vida, faltó en absoluto de todo medio honroso para conservarla y servir con riesgo de ella al supremo interés de la expresada causa.

Dada la anterior doctrina, no cabe entender que del artículo 17 de la citada ley Especial pueda derivarse ningún derecho en favor de los demandantes como hijos, herederos legítimos de D. E. V. S., heredero instituído en las disposiciones testamentarias del causante D. M. S. M. por el hecho, aducido en la demanda inicial del pleito, de haber muerto aquél con anterioridad a éste en la zona roja y suicidándose por no servir en el Ejército rojo, no sólo porque tal supuesto no es de los que la ley Especial fija para que se dé el derecho de representación que establece, sino porque aun con el criterio, no admisible, de que cupiera una interpretación extensiva de aquella disposición, nunca podría ampararse en ella la muerte del suicida que lo fuese por propia y voluntaria determinación, que razones de orden religioso, moral y legal impiden alentar; motivos éstos que necesariamente hubo de tener en cuenta el legislador en su visión del pasado para no incluir el suicidio entre los casos que señala el citado artículo 17 como determinantes del derecho que hace revivir.

LA REDACCIÓN.

# V A R I A

NICOLÁS VERDAGUER : *La transmisión de títulos-valores al portador por documento público.*

El batallador Notario de Ciudadela no se resigna a seguir ocupando la desventajosa situación que a los fedatarios por excelencia han creado las disposiciones vigentes sobre Timbre y Derechos reales en las negociaciones de efectos públicos o valores industriales o mercantiles, intervenidos por Notario cuando la Ley para ello los autorice.

Las facilidades concedidas a la contratación ante Agentes de Cambio o Corredores de Comercio, el atenuado rigor de los requisitos en tales casos exigidos y la exención del impuesto de Derechos reales contrastan con la tiesura o rigidez de las operaciones autenticadas en escritura pública y la dureza con que se les aplican las disposiciones fiscales. «La situación a que conduce la letra de la Ley —dice el autor, con referencia al impuesto de Derechos reales— es absurda. Si se venden los valores, satisfarán el 0,60 por 100. Si se entregan como precio de una venta, el 2,50 por 100. Si se entregan valores no en permuto, sino en pago del precio convenido en metálico, se considera... como adjudicación de muebles en pago de deuda.»

Para poner fin a todas estas anomalías deben, en primer término, centrarse los preceptos legales sobre la distinción de los títulos-valores, según estén o no admitidos a negociación en Bolsa. Los admitidos se declararán exentos de tributación y serán considerados como signo representativo de dinero para los efectos de la compraventa, mientras los excluidos serán objeto de otro trato.

La transmisión ante Notario de aquéllos puede realizarse mediante el empleo de las pólizas oficiales, por acta suscrita por el transmitente o protocolizando el «vendí». Las transmisiones de los títulos no cotizables en Bolsa se formalizarán en escritura y deberán satisfacer el impuesto.

*En la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* : Conferencia acerca de «La nulidad matrimonial».

El viernes 19 de mayo, el Académico Profesor y miembro de la Junta de Gobierno, Ilmo. Sr. D. Manuel de Bofarull y Romañá, pronunció su anunciada conferencia sobre el tema «El Procedimiento en las causas de nulidad matrimonial».

Empezó el disertante haciendo un resumen sintético de cuanto expuso en su conferencia sobre el mismo tema en el curso anterior.

Y entrando en el objeto propio de su disertación, estudió los remedios jurídicos contra sentencias pronunciadas en causa de nulidad matrimonial. Recordó los dos principios básicos en orden al valor de esas sentencias :

1.º Que según Decreto de Benedicto XV, que es hoy precepto del Código, en ningún caso se anula un matrimonio sin que haya dos resoluciones canónicas completamente conformes en favor de la nulidad.

2.º Que las sentencias pronunciadas en causas de nulidad jamás pasan a tener autoridad de cosa juzgada.

Los remedios jurídicos contra esas sentencias son : los recursos de apelación y de casación ; la querella de nulidad y el beneficio de restitución «*in integrum*».

Así como en el ordenamiento procesal civil hay sólo dos instancias, el canónico admite segundas y posteriores instancias. Conoce de la primera el Tribunal Episcopal Diocesano, salvo en las causas reservadas a la Santa Sede ; de la segunda, el Tribunal Metropolitano, salvo también que el apelante opte en recurrir directamente a la Sede Apostólica. Y como las declaraciones de nulidad no son firmes *en tanto* no se den dos sentencias conformes, si entre ellas existe alguna disconformidad, son apelables en sucesivas instancias ante el Tribunal de la Rota Española hasta 1.º de agosto de 1933, en que fué suspendida como Tribunal de suprema apelación, y de la Sagrada Rota Romana desde entonces. Expuso la organización, funcionamiento y competencia de dicho Tribunal y del Supremo de la Signatura Apostólica.

Pasó después el conferenciante a exponer el procedimiento sumario administrativo de nulidad, el que procede cuando, por documento cierto y auténtico contra el que no se puede oponer contradicción

ni excepción, constare la existencia de cualquiera impedimento denominado, por su naturaleza, público; tales son: la disparidad de cultos, orden sagrado, voto solemne de castidad, ligamiento, consanguinidad, afinidad y parentesco espiritual.

En este procedimiento, el Ordinario, actuando como Juez, citadas y oídas las partes, y con intervención precisa del Defensor del Vínculo y del Promotor de Justicia, si éste acusó el matrimonio, declara la nulidad del mismo.

Se refirió después el disertante a los medios legales que el Código consigna para evitar las causas de nulidad matrimonial, tales son la revalidación y la sanación «in radice». Respecto a la primera, expuso las distintas causas que pueden producir la nulidad del matrimonio: 1.<sup>a</sup>, la inhabilidad de los contrayentes; 2.<sup>a</sup>, la falta de consentimiento, y 3.<sup>a</sup>, la falta de la forma prescrita en la celebración y cómo se efectúa la revalidación según los casos citados.

Se refirió después a la sanación «in radice», dispensa que sólo puede conceder la Santa Sede, y por virtud de la cual se hace válido un matrimonio nulo desde el momento de concederse la gracia, quitando el impedimento que no cesó por sí mismo, y la obligación de renovar el consentimiento; y concediendo la retroacción, por ficción de derecho, de los efectos canónicos del matrimonio, al tiempo mismo en que se realice la unión.

Aludió a la declaración de firmeza y ejecución de las sentencias de nulidad de matrimonio, la cual procede después de notificadas las partes de la doble sentencia declaratoria de la nulidad y transcurridos diez días sin apelación por el Defensor del Vínculo. Los efectos que produce son: 1.<sup>o</sup> La posibilidad de contraer ambos cónyuges nuevas nupcias, salvo caso de impotencia. 2.<sup>o</sup> Que los hijos sigan disfrutando de la condición de legitimidad en que habían sido tenidos desde su nacimiento. 3.<sup>o</sup> La vigencia de los efectos civiles inherentes a la declaración de nulidad, y que amparan las legislaciones civiles de cada país, que la Iglesia siempre acepta y a ellas se remite.

Observó que no debe, ni técnicamente puede, confundirse la nulidad de un matrimonio, que equivale a su declaración de invalidez o inexistencia, con la disolución de un matrimonio, que implica su ruptura, o lo que es lo mismo, el divorcio vincular.

Sin embargo, a veces se padecen desorientación y confusiones, y aduce el caso de disolución en méritos del *Privilegio Paulino*.

Toma su nombre de la epístola primera de San Pablo a los Corintios, y su disciplina hállase contenida en los cánones 1.120 a 1.127, y en las constituciones apostólicas que el canon 1.125 declara en vigor.

Por él se faculta al cónyuge no bautizado, que se convierte a la fe mediante la recepción del bautismo, para celebrar nuevas nupcias con persona bautizada. Por el hecho mismo de contraer este nuevo matrimonio, queda el anterior, que había sido legítimo, disuelto.

Esta forma, no de anulación, sino de disolución de matrimonio consumado, ofrecía antes un interés relativo en nuestra patria, y sólo por lo que hace a nuestros territorios y Protectorado de África; mas ahora lo ha sido mayor, con motivo de nuestra Gloriosa Cruzada de Liberación.

Significa después la conveniencia para el investigador y para el jurista especializado el conocer las fuentes auténticas del Derecho vigente, dada la ejemplar continuidad de la Iglesia en su doctrina y disciplina.

Estudia las fuentes relativas a los preceptos del Derecho procesal canónico y el Derecho supletorio canónico y civil en España, y explica las causas en que se han fundado las sentencias de nulidad formuladas por la Rota Española, hasta su supresión como Tribunal de apelación, y por la Sagrada Rota Romana; tales son: condición puesta y aceptada contra la indisolubilidad del matrimonio; condición puesta contra la generación; falta de consentimiento, por medio grave infundido con medios físicos; falta de consentimiento, por miedo de carácter moral; defecto de inteligencia para el consentimiento; defecto de inteligencia que no comprendió la naturaleza y obligaciones del matrimonio y falta de aptitud de los cónyuges.

Rebatíó las acusaciones que la ignorancia y la impiedad lanzan contra la Iglesia, especialmente las relativas a haber introducido modificaciones en su dogmática y procedimiento, siendo así que toda la preceptiva de la Iglesia hállase fundamentalmente contenida en los Concilios de Florencia y Tridentino y por el Doctor:

Angélico, Santo Tomás de Aquino, en su libro áureo, la *Summa Teológica*, y las cuestiones 41 a 74, los suplementos de su tercera parte, que en el Código ha recogido cuidadosamente, sin más modificación que alguna puramente disciplinaria.

Se pregunta si el matrimonio está en crisis, y responde que lo que está enferma y padece es la vida misma, el concepto, el sentido y el ejercicio de la vida al deschristianizarse y perder con ello su espíritu vital.

Y termina diciendo que, lejos de haber fracasado el matrimonio, como un audaz fisiólogo sexualista contemporáneo pretende, es el matrimonio cristiano la unión conyugal que no puede fallar: divino en sus principios y eterno en sus consecuencias, por sus esencias; voluntaria y sacramental, por sus fines naturales y ultraterrenos; es lazo providencial que une, santifica y perpetúa, por la generación de la sangre y del espíritu, la vida presente con la futura.

*La ausencia en el Derecho civil español*, por Ignacio Serrano, Catedrático de Derecho civil.

El ilustre Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid acaba de publicar, en la colección de monografías prácticas de Derecho español de la Editorial «Revista de Derecho Privado», una valiosa aportación acerca de la ausencia en el Derecho español.

Si las guerras napoleónicas dieron ocasión a que se operase un redescubrimiento del estado de ausente, las guerras europeas y nuestra guerra civil han determinado una nueva reglamentación de la ausencia, que se lleva a cabo por el Libro I del nuevo Código Civil italiano, por la Ley alemana de 1939 y en el Título VIII del Libro I de nuestro Código Civil. Si algunos han calificado la ausencia de *crux iuris studiosorum*, los avances que se han logrado en su régimen legal son considerables y acaso no puedan traspasarse.

Constituya la ausencia un estado civil con sustantividad propia y compleja organización legislativa, criterio a que responden los Códigos latinos; se limite a ser condición para poder ser declarado fallecido, el autor la define como «estado civil de la persona de quien se duda si vive, bien porque se desconoce su paradero durante cierto

to tiempo, bien porque desapareció en una circunstancia de peligro para la vida, sin haberse vuelto a saber más de ella». Este concepto, que en esencia coincide con el que fué logrado en el Derecho romano, y que como inalterable se mantiene hasta nuestros días, es formulado después de estudiar el Derecho histórico patrio y el Derecho extranjero a través de las cuatro partes que forman el plan de la obra del señor Serrano, y que son las siguientes:

- I. Evolución histórica y precedente.
- II. Naturaleza jurídica y reglamentación española.
- III. Declaración de fallecimiento.
- IV. Parte procesal.

En las ochenta primeras páginas desenvuelve el autor la primera parte y estudia la ausencia en el Derecho histórico (cap. II), la ausencia en el Código de Napoleón (cap. III) y en el Derecho español histórico (cap. IV). Dedicando los capítulos V y VI a la ausencia en la moderna legislación extranjera y en la actual legislación española. En el Derecho romano faltó una doctrina sistemática de la ausencia, cuyo concepto se refiere a la no presencia, toda vez que su significado técnico lo adquirió en las discusiones del Código napoleónico. El Postliminio y la lex Cornelia son las dos instituciones romanas que corresponden con la ausencia. Conocida es su significación. Por virtud del *ius postliminio* al prisionero que regresaba se le consideraba como si nunca *in captivitate fuisse*, y por la ficción de la lex Cornelia el cautivo que no regresaba se presumía muerto al caer en cautividad. El patrimonio se ponía a cargo de un curador; la cura *bonorum absentis* era imperfecta por su carácter limitado al estar organizada con la idea de la vuelta del ausente. Roma evitó términos fijos para encuadrar la ausencia y prefirió el arbitrio judicial sin conocer una presunción de muerte.

La falta de fuentes hace difícil el estudio de la ausencia en el Derecho germánico. La ausencia prolongada cierto tiempo se equipara a la muerte. En las «costumes» francesas, tras un breve plazo (de tres a diecisésis años), si se carece de noticias del ausente, éste es declarado muerto y su patrimonio diferido a sus herederos. Objeto de especial cuidado fué la curatela que se daba para los bienes del ausente, que se llegó a ver como verdadera *successio prematura*, aunque no se lograse desprenderse totalmente de las ideas romanas de custodia y administración.

El Derecho francés tuvo singularísima influencia en la formación histórica del instituto. La jurisprudencia francesa fundió una serie de elementos dispares, señalando un período de ausencia presunta, restringió la cura *bonorum absentis* al segundo período de ausencia declarada y acogió una tercera fase de presunción de muerte. Cierra la evolución histórica el «Code civil», que sistematiza la materia, innovando poco. Principio informador de la regulación es el de que la ausencia no prueba la muerte, pero socialmente hay que velar por el interés del ausente en vista de los peligros que surgen de la ausencia.

Tres períodos sucesivos señala el *Code*:

1.º Presunción de ausencia. 2.º Posesión provisional. 3.º Posesión definitiva. Punto inicial es el de la desaparición o de las últimas noticias. La ausencia presunta dura diez años, si el ausente no dejó apoderado, y cuatro si lo dejó. Su aspiración es conservar el patrimonio. Una vez transcurridos esos plazos, las partes interesadas pueden pedir la declaración de ausencia con posesión provisional. Esta es un mero depósito, que no faculta para enajenar los bienes ni gravarlos con derechos reales. Posesión remunerada que obliga a dar caución y a inventariar los bienes.

Si la ausencia continúa durante treinta años a partir de la posesión provisional, se transforma en definitiva. Los poseedores harán suyas todas las rentas, pueden pedir la partición de los bienes y el otorgamiento de una posesión definitiva. Los poseedores se consideran propietarios y pueden enajenar y gravar los bienes.

Al tratar de la ausencia en la moderna legislación extranjera observa el autor que la influencia de la legislación germánica en la nueva reglamentación española se podía haber realizado a través del B. G. B., cuya disciplina es bastante aceptable, ya que la Ley de 1939 no era conocida.

El concepto de la ausencia en Alemania va unido a incertidumbre sobre la vida, distinguiéndose ausencia y desaparición (*Verschollenheit*). Si bien el párrafo 1.911 del Código, al proveer de un curador al ausente, reconoce la ausencia, sin que haya incertidumbre sobre la existencia.

En Italia, el régimen del Código de 1865 perdura, sin sustanciales innovaciones, en el Código de 1938, no obstante las críticas acer-

bas que había formulado, entre otros, el eximio Ferrara contra la exagerada cautela del legislador, los plazos larguísimos que hacían de la institución algo anticuado arqueológico. La nueva ordenación (artículos 45 y 71) se integra en medidas provisionales, declaración de ausencia y declaración de muerte presunta.

La reciente Ley alemana de 4 de julio de 1939 considera ausente a aquel cuya residencia es desconocida durante muy largo tiempo, sin que se tenga noticia de si vive o ha muerto, de suerte que se puedan abrigar serias dudas acerca de su supervivencia.

No es ausente la persona cuya muerte, según las circunstancias, no ofrece duda. En igual sentido se pronuncia el nuevo Código popular, § 67.

La nueva legalidad española la encontramos constituida por: la Ley de 8 de septiembre de 1938, que sustituyó el Título VIII, Libro I del Código Civil, artículos 181 al 198, por los que formaban su contenido; la Ley de 30 de diciembre de 1939, que igualmente sustituyó los artículos 2.031 a 2.047 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Decreto de 30 de diciembre de 1939, que organiza el Registro de ausentes a que se refiere el artículo 198 del Código Civil, y la Ley de 16 de diciembre de 1941, que dispone se transcriba en la inscripción de nacimiento, en forma de nota marginal, la declaración de ausencia y la de fallecimiento.

Como principios fundamentales de la nueva reglamentación patria se señalan en la obra:

1. La fidelidad al sistema latino, que sanciona la importancia y extensión al período de ausencia.

2. Resuelve las dudas y problemas del Código Civil, armonizando el Código Civil con la Ley de Enjuiciamiento Civil, y poniendo término a la anomalía que implicaba confiar los bienes de ausente a un menor que, a su vez, estaba sometido a tutela o patria potestad.

3. La nueva Ley, con técnica superior, distingue la ausencia simple y cualificada e introduce la declaración de fallecimiento.

4. La legislación hasta ahora existente tenía efectos personales en lo indispensable; en cambio, la nueva los afecta, permite contraer nuevo matrimonio, transfiere la patria potestad a la madre o constituye tutela provisional o definitiva, según los casos.

5. Se acortan los plazos y se simplifica el procedimiento. Se

instaura el juicio verbal para sustanciar las actuaciones a que dé lugar el Título VIII del Libro I del Código Civil. La apelación se tramitará por el procedimiento de los incidentes, pero sin formar apuntamiento. El plan adoptado por el nuevo Título VIII es el siguiente: I, Declaración de ausencia sin efectos; II, Declaración de fallecimiento, y III, Registro central de ausentes.

La palabra ausencia, etimológicamente, procede del latín *absum*, *abesse*, es forma sustantivada del participio de presente. Toda ausencia encierra un carácter negativo: falta de presencia en el domicilio o residencia. Es esencial a la ausencia la incertidumbre sobre la existencia de la persona ausente. La incertidumbre—ya fué advertido—en Derecho Romano (D. 23, 2, 10.—D. 29, 3, 2, 4) ha de durar cierto tiempo. La naturaleza jurídica de la ausencia no se resuelve sólo en el Derecho patrimonial. Los civilistas españoles la consideran causa modificativa de la capacidad civil de las personas. La ausencia constituye una extinción paulatina o una prescripción presuntiva de la personalidad; pero como repugna aplicar a la personalidad la idea de prescripción, concluye el autor por afirmar que su verdadera naturaleza es la de un estado civil.

En el artículo 181 la nueva Ley de la ausencia trata de un período breve en que, sin dudar de la vida del ausente, se protegen sus intereses. Es el período llamado, por unos, ausencia presunta, y por otros, no declarada o de hecho. Es de carácter eventual, tiene poca importancia y procede cuando desaparecida una persona de su domicilio o lugar de su última residencia, sin haberse tenido de ella más noticias, supuesto en el que podrá el juez nombrar un defensor al ausente cuando exista una necesidad perentoria, a petición de parte interesada o del Ministerio Fiscal. El nombramiento de defensor produce consecuencias de carácter familiar y patrimonial; es de naturaleza subsidiaria, pues sólo se nombrará si el ausente no dejó representante legal o apoderado que tenga facultad de administrar sus bienes. Posee carácter especial y se otorga para representar al ausente en juicios o negocios que no admitan demora sin perjuicio grave. Su actuación requiere autorización previa del Juzgado y rendición de cuentas y de lo hecho, para que sea aprobado. Guarda analogía el defensor con el antiguo curador *ad litem*, y aunque su mayor semejanza es con el mandatario particular. El cargo es único.

La definición de quién es ausente en sentido legal nos la da el artículo 183: «El que desapareció de su domicilio o última residencia: 1.º Pasado un año desde las últimas noticias o, a falta de éstas, desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes. 2.º Pasados tres años, si hubiese dejado encomendada la administración de todos sus bienes.»

Si, existiendo apoderado, muere, renuncia o caduca el mandato, se determinará la ausencia legal si al producirse esos hechos se ignora el paradero del desaparecido y hubiese transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias y, en su defecto, desde la desaparición.

No aparece necesaria la declaración judicial para que pueda reputarse una persona ausente en sentido legal. Puede ser declarada tal una persona, cualquiera que sea su estado y condición. Por tanto, el hijo de familia como la mujer casada, el padre de familia como el marido.

El autor, al estudiar la naturaleza de la representación del ausente, cuyo patrimonio se protegía en el Derecho romano por la *cura bonorum absentis*, después de analizar las distintas posiciones de quienes consideran que la ausencia es causa modificativa de la capacidad, de los que piensan que fluctúa entre ellas, las prohibiciones de disponer y la tutela de un patrimonio, y de aquellos otros que establecen semejanzas entre la situación patrimonial del ausente y la herencia yacente, o atribuyen a la representación del ausente el carácter de tutela de un patrimonio, sienta la conclusión de que la representación especial estudiada es de carácter legal, comprensiva de la persona y bienes del ausente, que queda vinculado por los derechos y obligaciones que en su nombre contrajera el representante legalmente, siendo el cargo de representante obligatorio y único, como lo es el de tutor, con la excepción del artículo 210 del Código Civil. No podemos entrar en el examen detenido y minucioso de las personas a quienes corresponde la representación, de las obligaciones y derechos del representante y del ausente, de las repercusiones de orden familiar y en el Registro de la Propiedad de la ausencia, ni tampoco en el sugestivo comentario que se consagra de la declaración de fallecimiento.

Se observa que a diferencia de la antigua posición del Código

Civil, que concedía una simple presunción de muerte, se llega ahora a la declaración de fallecimiento. Las complejidad de requisitos y serie de supuestos legales nos impiden hacer un análisis detallado de la materia. Baste indicar que hay casos en que se puede llegar a producir la declaración de fallecimiento por el simple transcurso de diez o cinco años, y otros en que se toman en cuenta los peligros grandes para la vida de una persona, en los que hay probabilidades de que haya muerto, además de un tipo de riesgo o peligro en general, caso en que haya habido siniestro o violencia. El Código Civil hace una enumeración casuista de los riesgos.

Los efectos de la declaración de fallecimiento son producir la cesación de la situación de ausencia legal. Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abre la sucesión de sus bienes. Pero los herederos no adquieren pleno poder de disposición sobre ellos hasta transcurrido el plazo de cinco años a partir de la declaración de fallecimiento. Esta no tiene virtualidad suficiente por sí sola para disolver el matrimonio.

No es posible dar noticia de todo el magnífico trabajo realizado por el profesor señor Serrano, pues, no obstante una exposición extraordinariamente clara y metódica, es grande el número de problemas y temas planteados, desarrollados y resueltos con sencillez, aun en los puntos más delicados y difíciles. La obra, que desborda a veces de la labor peculiar del comentario exegético, se impondrá como indispensable instrumento de trabajo para el Juez, Abogado, Notario, Registrador y, en general, para los estudiosos del Derecho, y podrá consultarse con fruto siempre que haya que dilucidar algún extremo relativo a la ausencia o a sus diversos reflejos e interferencias en nuestro ordenamiento jurídico. El estudio realizado contiene numerosas observaciones sagaces y certeras, logradas en el comentario de los nuevos preceptos de la materia, realizado por primera vez en una exposición de tipo monográfico, y por ello es tanto más apreciable el logrado empeño del culto catedrático y distinguido colaborador de *REVISTA CRÍTICA*, autor, entre otras, de obras de tan sólida reputación como «El Fuero del Trabajo», o de monografías tan interesantes como el «Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo».

*Principios de Economía sobre estabilización monetaria*, por Braulio Alfageme.—Madrid, 1944.

El autor, vinculado a la vida económica española por tradición familiar, abandona un poco las actividades industriales, servidas honesta y laboriosamente a través de tres generaciones, para contribuir a la formación de un estado de opinión sobre los principios en que ha de fundarse la estabilización de la moneda en tiempos próximos. El intento, hecho con miras generosas y amplios vuelos políticos, sin la más mínima alusión a los feroces tratamientos con que fué recompensada la tenaz y caritativa labor del abuelo, padre y hermano por los marxistas candasinos, trata de dar a las inteligencias menos preparadas una idea del *proyecto de Unión Compensadora Internacional*, publicado en el Libro Blanco número 6.437 por el Gobierno inglés (1943), y de la *proposición relativa a un Fondo de Estabilización Monetaria*, enviada el mismo año por el Ministerio de Hacienda de los Estados Unidos a los Gobiernos de 37 naciones, respectivamente conocidos por los nombres de *plan Keynes* y *plan Morgenthau*.

Pero como para resolver cualquier problema de colaboración económica internacional es condición indispensable tener antes resuelto el correspondiente problema de estabilización monetaria interior y exterior, el autor hace en el primer capítulo un estudio resumido del problema cualitativo de la moneda, es decir, del origen y de la esencia del valor del dinero en una nación y en un momento determinado, para concluir que en este sentido la cualidad fundamental y casi única que debe exigirse a un sistema monetario es la estabilidad o constancia en el poder adquisitivo de la moneda.

En el segundo capítulo se enfoca el problema cuantitativo dinámico de las alteraciones sucesivas en el poder adquisitivo, por aumento o disminución de la moneda, de la circulación fiduciaria de las sumas suministradas por los Bancos, de la velocidad de curso, de las aceleraciones en la inversión de capitales o de las variaciones en el régimen de rendimientos.

Examina el autor en el capítulo III el comercio internacional y la llamada balanza de pagos, que comprende tanto el dinero como las mercancías y que resulta compensada en todo momento, analizando el valor de su signo activo o pasivo en relación con la ba-

lanza comercial y la de capitales, para dejar sentadas las dos condiciones esenciales que aseguran la estabilización de curso del cambio: 1.<sup>a</sup>, mantenimiento del poder adquisitivo interior de la moneda con las menores oscilaciones, y 2.<sup>a</sup>, disponer de oro, divisas o créditos en el mercado internacional. Desechado el oro como instrumento de estabilización por la quiebra del sistema denominado Gold Exchange Standard y por la distribución arbitraria del metal amarillo después de la primera guerra mundial, el plan Keynes y el plan Morgenthau intentan establecer un sistema de crédito internacional que permita a los diversos países asociados hacer uso de un margen de recursos operativos, mantener en equilibrio su balanza de pagos, estabilizar el curso de su unidad monetaria, evitar la persistencia del signo desfavorable de su balanza comercial y orientar su producción con la mayor ventaja.

La idea básica de ambos planes es sustituir el oro por un buen mecanismo de crédito internacional, creando la unidad convencional con cierto peso de aquel metal, que Keynes denomina «Bancor» y Morgenthau «Unitas»; pero ni una ni otra sirven como monedas para las relaciones comerciales entre las personas naturales o jurídicas de una misma nación, ni tienen otra función que la de regular las relaciones económicas entre el sistema internacional y los Bancos emisores.

A fin de poner de relieve estas funciones, el capítulo IV analiza el papel activo del oro en el volumen de la circulación, en el equilibrio de la balanza de pagos y en las reservas creadas para los días difíciles, aparte de la importancia pasiva que se le atribuye como medida de valor. El capítulo V está dedicado a la política monetaria española, sin hacer juicios definitivos, porque la peseta nunca se halló estabilizada, y las prácticas de nuestro primer establecimiento de crédito, preocupado sobre todo por salvar el crédito público, combatir *la usura* extranjera y facilitar recursos a los Bancos nacionales, quedaron desvirtuadas por las conmociones políticas y la guerra actual.

Por último, la obra contiene dos apéndices, el primero de los cuales analiza el plan Keynes y presenta la propuesta inglesa como ejemplo y testimonio de respeto y fidelidad a los principios establecidos, mientras el segundo traduce directamente del original el proyecto de Morgenthau.

LA REDACCIÓN.

# REVISTA CRITICA

DE

## DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año XX

Julio de 1944

Núm. 194

---

### La sociedad anónima como sujeto de la contribución de utilidades de la riqueza mobiliaria <sup>(1)</sup>

#### PRIMERA PARTE

##### ANTECEDENTES NECESARIOS

###### III.—ENCUADRAMIENTO DEL ARTICULO 5.<sup>o</sup> DE LA LEY DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1942, EN EL SISTEMA JURIDICOFISCAL DEL QUE HA VENIDO A FORMAR PARTE:

- A) La tarifa 3.<sup>a</sup> de la vigente Ley de Utilidades:
  - a) Clasificación del tributo.
  - b) Relación jurídico-tributaria.
  - c) Determinación de los elementos de aquella relación jurídico-fiscal.
- B) La Ley de Beneficios extraordinarios, de 17 de octubre de 1941:  
El capital social de la Empresa a los efectos de la tarifa 3.<sup>a</sup> de Utilidades, ¿es el mismo que el estimado a los efectos de la contribución sobre beneficios extraordinarios?
- C) Repercusión del artículo 5.<sup>o</sup> de la Ley de 10 de noviembre de 1942 en la relación jurídico-tributaria.

###### III.—ENCUADRAMIENTO DEL ARTICULO 5.<sup>o</sup> DE LA LEY DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1942, EN EL SISTEMA JURIDICOFISCAL DEL QUE HA VENIDO A FORMAR PARTE.

El artículo 5.<sup>o</sup> objeto del presente estudio, se refiere a la forma de liquidar las contribuciones que gravan los beneficios que producen las empresas en los casos que intenta prever. Afecta a los beneficios gravables por la tarifa 3.<sup>a</sup> de la vigente Ley reguladora de la contribución de Utilidades y por la de Beneficios extraordinarios de 17 de octubre de 1941. Repercute en los gravados por tarifa 2.<sup>a</sup>

(1) Véase el número anterior de la REVISTA.