

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL  
Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

---

Año V

Septiembre de 1929

Núm. 57

---

## La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?

Al estudiar los efectos de la partición de bienes hereditarios, plantean los autores de Derecho civil el problema que el título de este trabajo ofrece y entonces nos presentan con categoría de sistemas opuestos las soluciones traslativa y declarativa.

El sistema declarativo lo expone Planiol (1) diciendo: que durante la indivisión, cada objeto es, a la vez, propiedad de todos los coherederos, cada uno de ellos tiene una parte de propiedad en cada cosa. Una vez realizada la partición, cada uno de ellos es propietario exclusivo de los objetos incluídos en su lote; los otros no tienen sobre ellos ningún derecho y a la recíproca, el mismo no tiene derecho sobre las cosas puestas en el lote de los demás, de las cuales era antes de la partición propietario proindiviso. ¿Qué es lo que ha pasado? Ha habido entre los coherederos un *cambio de porciones indivisas*: cada uno de ellos ha cedido a los otros la parte que tenía en su lote, y ha recibido en su lugar la que los otros poseían en el suyo. De esta suerte, cada coheredero es causahabiente directo del difunto solamente en la parte que le pertenecía primitivamente en su lote; en el resto, es causahabiente de los otros copartícipes. Este análisis de la partición hace de ella un acto atributivo o traslativo de propiedad.

Considerada, pues, la partición como una transferencia o cesión recíproca de bienes entre los coherederos, queda equiparada a cual-

(1) «*Traité élémentaire de Droit civil*», novena ed., tomo III, pág. 564.

quier acto traslativo del dominio (compraventa, permuto, etc.) y de aquí la consecuencia lógica que lleva en sí tal sistema, o sea que los actos de enajenación o gravamen verificados por cualquier heredero durante la indivisión, deben mantenerse intactos al cesar ésta, y que, como mientras la partición no se verifique, cada coheredero se le reputa ser dueño de una participación indivisa de cada cosa singular del patrimonio hereditario, tiene la facultad de enajenarla y gravarla y, por lo tanto, la hipoteca constituida por uno de ellos sobre su cuota, continuará gravando cada cosa hereditaria en su porción respectiva, aún después de verificada la partición y adjudicados separadamente los bienes a los herederos, encontrándose cada uno de ellos con sus lotes gravados y sin poder liberarlos parcialmente de dicha hipoteca, por su naturaleza indivisible.

En cambio, en el sistema declarativo, la partición no se considera como un título de adquisición, sino como un acto determinativo de las cosas respecto de las cuales cada coheredero ha sucedido al causante—dice Pothier—<sup>(1)</sup> y cada uno de los herederos, que no es más que heredero de una parte, no ha podido suceder en todos, sino solamente en aquellos que les asignó un día la partición.

La partición queda reducida aquí, a un acto material, una operación o expediente en que se declara cuáles deben ser los bienes del causante que deben pertenecer a cada heredero y no tiene otra virtualidad que la de determinar, especificar y delimitar la parte de cada sucesor. Se considera que cada heredero sucede al causante desde el momento de abrirse su sucesión, únicamente, en los bienes comprendidos en su lote, sin que nunca haya tenido participación alguna en los de las hijuelas de los demás. El estado de indivisión, es destruido y aniquilado y referida retroactivamente la situación creada por la partición al momento de la muerte del «de cuius».

Queriendo explicar esta solución, quien la encuentra en el desenvolvimiento propio de una condición suspensiva, considerando tal la partición al igual que la aceptación de efectos retroactivos; otros, como Demolombe, en el doble juego de una condición resolutoria que afecta al derecho potencial de cada heredero

(1) «Successions», pár. I, art. 5.<sup>o</sup>, cap. IV.

sobre todos los bienes, cumplida en cuanto a las cosas excluidas de su lote e incumplida respecto los bienes a su favor adjudicados, doble efecto que se retrotrae a la fecha de la defunción del causante; y, finalmente, algunos buscan la causa de tal resultado por medio de una ficción, por obra de la que se supone que desde el primer momento cada coheredero sucedió al difunto exclusivamente tan sólo en los bienes de su hijuela. Creemos que si se quiere buscar un justificante al sistema declarativo, en la esencia del acto particional, hay que procurarlo, como veremos más adelante.

La consecuencia o derivación lógica de tal sistema, consiste en que todo acto de enajenación o gravamen verificado por algún coheredero durante la indivisión, se halla supeditado al resultado de la partición, o sea a la amplitud de la adjudicación de bienes herenciales al coheredero que dispuso de su cuota, ya que tales actos dispositivos no pueden afectar a los bienes atribuidos a los demás coherederos.

Enfocados así ambos sistemas, no es ocioso discutir tal problema, dadas las consecuencias y resultados tan contrarios como ambos provocan. Tuvo importancia esta cuestión en el período feudal a los efectos del pago de laudemios e imposiciones señoriales sobre traslaciones y la tiene hoy en muchos aspectos (requisitos de capacidad, formalidades, trato sucesivo, consideración de tercero, rescisión, prescripción, etc., y hasta para el impuesto de sucesiones). Para hacerse cargo de la importancia del tema, es suficiente observar la diferente protección que uno y otro sistema implica para los terceros que han adquirido un derecho real sobre una porción indivisa, cuya adquisición en el uno se mantiene íntegra, independientemente del acto particional y de los arreglos posteriores entre coherederos, mientras que en el otro se halla condicionada a las adjudicaciones respectivas y supeditada a los efectos retroactivos de las mismas, suscitando interesantes y graves problemas en el orden hipotecario.

Expondremos someramente la concepción romana del problema, su evolución histórica posterior y su cristalización en el derecho positivo actual en los principales países, su discusión dogmática, para terminar con el estudio de la cuestión en la doctrina y legislación patria.

## I

Preséntase el Derecho romano como el prototipo de la legislación de sistema particional de efectos traslativos. Ciertos textos del «Corpus juris civilis» avalan tal afirmación, a pesar de que no faltan otros que la ponen en grave trance.

Una de las disposiciones más concretas la da el Código, al prescribir las reglas comunes a los juicios divisorios, al determinar que la división de predios haga las veces de compra (1).

Un texto de Ulpiano, aportado para reforzar el criterio traslacional romano, ya no es tan claro, pues si bien parece analogar la división hereditaria con la permutación (2), es en el punto concreto de la procedencia de la acción «*praescriptis verbis*» en un caso de reclamación de un acreedor contra los herederos, uno de los cuales se niega a responder de la parte proporcional de las deudas hereditarias distribuidas por el causante entre los herederos al verificar la partición el mismo causante, supuesto en que no cabe discutir los efectos de la partición por faltar un previo estado de comunidad.

Aparece patente en los juicios divisorios romanos la transferencia recíproca de partes indivisas, que, como vimos, es el juego esencial del sistema particional traslativo y que se realiza en ellos por medio de la «*adjudicatio*», parte de la fórmula que se encuentra en las dos acciones particionales «*familiae ierciscundae*» y «*communi dividundo*» y que concede al juez el poder de *trasferir* la propiedad, adjudicando alguna cosa a uno de los litigantes y si la parte de uno pareciere excesiva, condenar, a su vez, a éste en cierta cantidad para el otro (3).

Según Windscheid (4), la misión del juez en la partición no es sólo la división en sentido estricto, sino la separación de los in-

(1) «*Divisionem praediorum vicem emtionis obtinere placuit*». C. lib. III, tít. XXXVIII, ley 1.<sup>a</sup>.

(2) «... quasi certa lège permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint». D. lib. X, tít. II, ley 20, pár. III.

(3) I. lib. IV, tít. IV, pár. XX, y lib. IV, tít. XVII, pár. IV.

(4) «*Diritto delle Pandette*», trad. Fada y Bensa, tomo III, pág. 346.

tereses de los herederos, y considera como cesión la asignación que el juez hace de un crédito a un heredero.

A falta de acuerdo entre las partes—expone Shom—(1) el juez tiene atribuciones para convertir la copropiedad en dominio exclusivo, realizando jurídicamente una *transmisión* de propiedad que recae sobre las partes correspondientes en condominio a los restantes comuneros. La «*adjudicatio*» se entiende que *traspasa* el dominio de uno a otro litigante y aquel cuyo derecho de propiedad se transmite al otro por ministerio del juez, se considera como su *antecesor* jurídico, siendo la «*adjudicatio*» un modo derivativo de adquirir (2). Cada partícipe, una vez operada la partición, resultaba causahabiente del otro (3).

Durante la indivisión, los bienes hereditarios se hallan cada uno en comunidad (4), por cuotas, de que cada cual puede libremente disponer (5).

Si, como antes dijimos, la consecuencia lógica de un sistema traslativo particional, es que la enajenación o gravamen hecha por un coheredero, de su porción indivisa de una cosa singular de la herencia, debe mantenerse y el adquirente no está afecto a las contingencias de la partición, un texto de Neracio atribuye tal resultado al Derecho romano, al excluir del juicio de partición la porción de una cosa hereditaria enajenada por un heredero (6), y otro de Paulo, en un caso de constitución de servidumbre (7).

El texto más explícito es uno de Gayo comentando la fórmula hipotecaria, en el cual expone, que si alguien hubiere dado en

(1) «Instituciones de derecho privado romano», trad. W. de Roces, páginas 265 y 266.

(2) «Quod autem istis judiciis alicui *adjudicatum* sit, id statim alias fit, cui *adjudicatum* est». I. lib. IV, tít. XVII, pár. último de «Off. jud.».

(3) Ruggiero, «Instituzioni di diritto civile», tomo II, pág. 795.

(4) «... cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duabus legata.... aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit...» D. lib. XVII, tit. II, ley 31.

(5) D., lib. V, tit. IV, de «Si pars hereditatis petatur». Serafini, «Instituciones de derecho romano», trad. Trías, tomo II, pág. 412, y Shom, obra citada, pág. 410.

(6) «.... neque ea pars, quae mea fuit in iudicio veniet, quum alienata de hereditate exierit...». D. lib. X, tit. II, ley 54.

(7) D., libro X, tit. II, ley 25, pár. IX.

hipoteca parte indivisa de una casa común, hecha la división con el socio, no queda obligada al acreedor solamente aquella parte que obtuvo el que dió en prenda, sino que la parte indivisa de ambos permanecerá obligada por la mitad (1).

No obstante, no faltó en el mismo Derecho romano quien sostuviera la teoría declarativa. Labeon cita a Trebacio e impugna la opinión de éste, el cual sostenía que la imposición por un comunero de un usufructo sobre su porción, después, al venir la división, el usufructo no podía pesar sobre la parte al otro adjudicada, sino sólo sobre la que correspondió al constituyente, doctrina que, como el mismo Labeon dice, no prosperó (2).

El principio romano «concursu partes fuit, cessante concursu partes cessant», fundamento del derecho de acrecer, atribuyendo a todos los herederos la representación del causante y estimando a cada uno de ellos *sucesor en el todo con la limitación de los demás*, acercan la comunidad hereditaria romana al tipo de una copropiedad «in sólidum» o germana, que, como después veremos, provoca lógicamente una partición de efectos declarativos, lo que, junto con el concepto romano de la transmisión hereditaria, hace dudar de la consistencia del criterio traslacional en el Derecho romano.

Estudiando un poco a fondo el problema—dice Cován—(3) puede dudarse de que los romanos dieran a la partición el carácter de traslativa de propiedad, porque profesaban el principio hoy abandonado por los Códigos modernos, de que el dominio no se transfería por solo el consentimiento, sino que se requería también la tradición; así, el enajenante conservaba el dominio de la cosa si no intervenía esta última. Por el contrario, el coheredero adquiría la propiedad de su haber, mediante la adjudicación, y esto nos lo dice otro texto: «quod autem istis judiciis alicui adjudicatum est, id statim ejus fit cui adjudicatum est» (4), y, por

(1) «... si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditor obligatam esse, que ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dividia manebit obligata». D. lib. XX, tít. VI, ley 7.<sup>a</sup>, pár. IV. Ver también D. lib. X, tít. III, ley 6.<sup>a</sup>, pár. VIII y IX.

(2) D. lib. XXXIII, tít. II, ley 31.

(3) «Enciclopedia jurídica española», tomo XXIV, pág. 374.

(4) I. lib. IV, tít. XVII, último.

tanto, bastaba ésta sin la tradición característica diferencial que separaba la partición de la compraventa y de la permuta. Añádase que el heredero, conforme a los dos sistemas, trae causa directa o indirecta del difunto, nunca de los demás partícipes en la herencia, y sólo, como pie forzado, se admitirá por los defensores del primer sistema.

No obstante la opinión de Covián, creemos que la ausencia de tradición en la «adjudicatio» no destruye su carácter traslativo de propiedad en el Derecho romano, pues, por su propia naturaleza, no la requiere. La «adjudicatio» era un modo derivativo de adquirir, de carácter *civil*, mientras que la «traditio» era un modo *natural*. Además—según Shom—(1), en ambos casos (partición judicial o privada) realizase jurídicamente una *transmisión* de propiedad, que recae sobre las partes correspondientes en condomino a los restantes comuneros. Este acto de transmisión, que convierte la participación por cuotas ideales en plena y exclusiva propiedad, emana de los mismos copartícipes interesados cuando la división se efectúa amistosamente, en cuyo caso ha de mediár para ejecutarse una *tradición* o entrega mutua de posesión.

Es de notar aquí la opinión de Gregorio López, que sólo veía en la partición hereditaria una serie de actos conducentes a hacer cesar el estado de indivisión, pero no por medio de *contratos*, sino de actuaciones judiciales o actos notariados o privados y que si bien las muchas cuestiones que podían suscitarse se solucionaban por medio de contratos, estos constituían incidentes de la partición, que no le privan su especial naturaleza.

En suma, la generalidad de los autores patrios y extranjeros, coinciden en encasillar el Derecho romano, dentro del sistema traslativo particional, presentándolo como la legislación tipo de tal sistema. El criterio romano era de protección a terceros. «Non potuisse arbitrum inter alios judicando alterius jus mutare», dice Labéon al rechazar a Trebacio. Hay que mantener intangibles los derechos de los que han contratado con algún condeño y no subordinarlos al resultado particional. Será una solución poco científica, pero eminentemente práctica.

(1) Ob. cit., pág. 265.

## II

El sistema traslativo fué el imperante en plena Edad Media, viendo el Derecho romano, con su renacimiento, a reforzar las pretensiones y derechos del feudalismo, pues interesaba a los señores, a los efectos de la percepción de laudemios y gabelas sobre las traslaciones de fundos, calificar de traslativa la partición hereditaria. De aquí que una razón semifiscal viniese a poner en debate la cuestión objeto de nuestro tema, si bien, en el fondo, se discutía en pleno terreno de Derecho civil, provocando una fuerte corriente en pro del sistema declarativo. Como dice Glasson (1), una vez el principio «de mort saisis le viv», que había servido de arma a los legistas para atacar los derechos que los señores pretendían percibir en ocasión de las divisiones hereditarias, fué consagrado para la transmisión del difunto al heredero, se esforzaron en hacerlo aceptar en lo referente a las particiones. El feudalismo probó aún de resistir a esta corriente, como así lo hizo, contra las consecuencias de la adquisición hereditaria, y sus pretensiones fueron defendidas por algunos jurisconsultos. Estos sostuvieron que la partición era un verdadero cambio o mutación de derechos, y que, por consiguiente, el señor podía pretender los derechos que se adeudaban en casos semejantes. Pero esta opinión no tardó mucho en ser generalmente rechazada, prefiriendo la doctrina opuesta, según la cual la partición era una *alienación necesaria*. Bartolo sostuvo ya, acerca de la ley 12, «De conditione furtiva», que ningún derecho de mutación era debido, no solamente respecto a los bienes hereditarios, sino en cuanto a las otras cosas comunes.

Sin embargo, hasta el siglo xvi, los jurisconsultos reconocieron que la partición era traslativa de propiedad y solamente la consideraban como una alienación necesaria. Fué en la época de Dumoulin cuando se pensó seriamente en dar a la partición distinto carácter. Dumoulin tuvo gran influencia en la nueva orientación doctrinal, llegando a rechazar las pretensiones soñoriales, incluso en los casos de partición verificada adjudicando a un heredero

(1) «Le droit de sucesion au moyen age», pág. 113.

cosas que excedan de su partición, con abono de saldo a los otros, y, cuando, en caso de licitación, un heredero resultaba adjudicatario único, fundándose en que la intención de las partes era la de verificar una partición, y este aspecto era el que debía dominar. No obstante, él mismo había combatido el efecto declarativo en materia de hipotecas.

D'Argentré siguió la teoría de Bartolo, fundada en el carácter de «alienatio necessaria» que la partición ofrecía, para exonerarla de tasas feudales.

El triunfo del sistema declarativo se operó muerto Dumoulin, siendo aceptado, incluso en materia de hipotecas, por la jurisprudencia francesa, en 1569, y reformada la «Coutume de Paris», en 1580, declarando exento de derechos de traslación la adjudicación en subasta, respecto a las partes de los demás herederos. A partir de entonces, tomó carta de naturaleza en el Derecho francés la teoría declarativa, que fué ampliada por la jurisprudencia a otros casos en que los efectos declarativos eran discutibles.

El Código Napoleón aceptó el sistema que condensó en el artículo 883 (1), preceptuando que cada heredero debe reputarse haber sido siempre el propietario único de los bienes a su favor adjudicados y que no tuvo derecho alguno de propiedad respecto a los otros. La Ley de transcripciones, del 23 de Marzo de 1855, no sujeta las particiones de bienes a transcripción, fundándose en su naturaleza de acto declarativo.

A pesar del estado caótico de la jurisprudencia francesa—como dice Planiol—(2), los efectos declarativos, o retroactivos, de la partición, se aplican, además del caso de partición pura y simple («partage en nature»), en que cada heredero recibe su parte en los mismos bienes relictos, a las particiones con adjudicación de bienes a un coheredero con exceso de su parte, con abono de diferencias en metálico; a las adjudicaciones de bienes indivisibles a un heredero

(1) Art. 883: «Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession». Este artículo es copia literal de las palabras de Pothier en su «Traité de communautés», núm. 140.

(2) Ob. cit., págs. 568 y siguientes.

de previa licitación, no las hechas a un extraño (1), y hasta se llega a discutir su aplicación a las ventas o cesiones gratuitas verificadas por los coherederos a uno de ellos, todo como consecuencia del principio de que todo acto consentido por los herederos, que haga cesar el estado de indivisión, producirá los efectos declarativos de la partición (2).

El sistema declarativo rige a través del Código Napoleón en Bélgica, si bien la partición está sujeta a transcripción, pues la ley Hipotecaria de 16 de Diciembre de 1851 sujeta a registro, tanto los actos declarativos como los traslativos. También es aceptada por los Códigos civiles de Italia (3), Holanda (4) y Rumanía (5), y seguido por los de Uruguay, Chile, Colombia y Argentina.

Las legislaciones alemana y suiza siguen también el sistema declarativo, si bien llegan a él por un conducto más científico que el Código francés. Este viene a tal resultado después del esfuerzo de tener que buscar una ficción o presunción «*juris et de jure*»; en cambio, aquéllos encuentran la misma solución como consecuencia lógica de la verdadera naturaleza y esencia de la comunidad hereditaria. Libres de presiones romanistas, ven, en la indivisión de herencia, un estado de comunidad, no de tipo romano o por cuotas, que, dislocando el Derecho global sobre el patrimonio relictio, se erige en valor patrimonial sustantivo y susceptible de disposición independiente, sino un caso de propiedad mancomunada o condominio germánico («*gesammte hand, gesamthandverhältnis*») aplicada a una «*res universitas*» (pátrrimonio), en que la titularidad de la

(3) «*Llicitation vaut partage*» es el principio de la jurisprudencia francesa, y esto, aunque en la subasta hayan intervenido personas extrañas, pues los tribunales de la vecina república ya desde 1587 sostienen que la admisión en la licitación de no herederos no desvirtúa el carácter declarativo, siempre que la adjudicación sea a favor de un coheredero, pues si se hace a un extraño la «*licitation vaut vente*» surge en un acto traslativo de propiedad.

(2) Ver sentencias de la corte de casación de 19 de Octubre de 1896, 7 de junio de 1899, 18 de Junio de 1900, 21 de Junio de 1904, 11 de Enero de 1909, 2 de Febrero de 1915, 23 de Abril de 1918, 2 de Febrero de 1925, 2 de Julio del mismo año y otras.

(3) Art. 1.034.

(4) Art. 1.129.

(5) Art. 787.

misma está atribuída al conjunto de herederos, cada uno de los cuales tiene derecho a la totalidad juntamente con los otros, sin que puedan los herederos, aisladamente, disponer en tal estado de participación alguna de los objetos de la sucesión, resolviendo las cuestiones prácticas que en el estado de indivisión puedan sobrevenir el consentimiento de todos los herederos (1). Ostentando los herederos juntos la titularidad del patrimonio hereditario, al renunciar uno de ellos, o ser eliminado, no tiene lugar la transmisión de una parte de la propiedad sobre las cosas hereditarias—dice Huber—(2) a los restantes herederos, sino que éstos conservan la totalidad como antes, concurriendo con un participante menos. Al verificarse la partición no se opera, pues, otra cosa que una eliminación de los otros herederos, desapareciendo una limitación a su propiedad, del mismo modo que, al no aceptar los demás herederos, se produce por derecho de acrecer una titularidad exclusiva a favor del único heredero aceptante, sin que se opere transmisión alguna entre los coherederos.

Preséntanse, como legislaciones que siguen al sistema traslativo, las de México, Guatemala y Portugal.

### III

En el orden doctrinal, el efecto declarativo, o traslativo, de la partición, dependerá de la clase de comunidad que durante la indivisión hereditaria se estime establecida entre los coherederos. Pues bien, ¿qué clase de comunidad es ésta?

Prescindiendo de la propiedad de la persona jurídica, que sólo de un modo lato, entendida la noción de comunidad, cabe calificar de tal, ya que el caso de propiedad colectiva debe equipararse al de propiedad individual, la lucha está circunscrita entre los dos tipos de comunidad: romana o «*pro indiviso*», y germana o «*in solidum*».

Ya sabemos que la comunidad germánica, o propiedad mancomunada («*gesammte hand*»), es aquella forma de atribución de un

(1) Arts. 2.032 y 2.033 del Código civil alemán y 342 del suizo.

(2) «Estudios sobre la publicidad en el derecho privado», pág. 33.

derecho sobre una misma cosa, a una pluralidad de sujetos, sin que éstos lleguen a constituir un nuevo ente, ni aquél se desintegre en cuota, o sea, como dice Shom (1), un régimen de mancomunidad de bienes como el alemán, que centraliza en ella el poder de disposición, de suerte que sólo el mancomún colectivamente puede decidir; o en que, cada propietario común—dice Huber—(2), tiene el derecho de propiedad completo, pero limitado, porque otro tiene igual el derecho total, y de aquí que deben producirse en un ejercicio mancomunado («zur gesamtenhand») y no según sus cuotas.

Nada de esto se produce en la comunidad romana, en que cada comunero es el titular de una cuota determinada a modo de fracción de su titularidad total sobre la cosa, adquiriendo el carácter de valor patrimonial independiente con vida jurídica autónoma.

En la primera, sin llegar los herederos a perder su personalidad propia, provocando el nacimiento de una persona jurídica y no estando ligados contractualmente vínculos de sabor personal con tonos de solidaridad los entrelazan, como derivados del carácter señaladamente personal de la sucesión hereditaria y de la vocación conjunta a la titularidad integral de un patrimonio relicto, que, conservando su unidad y cohesión, es, al igual que todo patrimonio, a modo de emanación de la personalidad del «de cuius».

En cambio, en la comunidad por cuotas, las relaciones entre los comuneros son puramente patrimoniales y las obligaciones que de ella emanan les afectan objetivamente, como obligación real o «*properter rem*», surgida exclusivamente de su condición de tenedores de la cosa y exonerables por abandono, haciendo pensar a algunos en la existencia de un «cuasi-contrato», y este fenómeno es debido a que toda situación jurídica, formada tan sólo por la mera relación con un objeto, no puede tener energía bastante para ligar personalmente a los sujetos respectivos.

Por tratarse de una *sucesión* en el cargo de titular de un patrimonio relicto, encarnan los herederos conjuntamente en ciertos momentos la personalidad patrimonial del causante. En la herencia hay algo más que una sucesión en un acervo de derechos y un simple cambio en la titularidad de las cosas, ya que, por mucho que

(1) Ob. cit., pág. 411.

(2) Ob. cit., pág. 30.

quiera patrimonializarse y despojar a la sucesión hereditaria de su aleación personal, siempre tendrá que reconocerse que, en el fondo, se produce un fenómeno de subrogación en la personalidad patrimonial del difunto, y, por lo tanto, que a un patrimonio cuyo titular ha muerto, vacante el cargo de titular del mismo, el conjunto de herederos, no formando ente propio, pero si a modo de asociación tácita, vienen a llenar el vacío, ostentando, juntos, la titularidad en el cargo, mientras no llegue la desintegración del patrimonio como consecuencia de la partición.

Por supuesto que nada de esto se produce en la comunidad por partes indivisas, ya que en ella cada comunero sustenta exclusivamente su propia personalidad, sin suceder en sentido técnico a nadie.

En aquélla, los coherederos responden íntimamente, y de un modo solidario, de las deudas o aspecto pasivo del patrimonio. Manteniéndose éste en su unidad, pasando en bloque a los coherederos, y estando integrado por derechos y obligaciones, afectan éstas, en cuanto sean transmisibles, a los herederos, no cancelándose su titularidad pasiva. En cambio, en la comunidad «pro partibus indivisis», los comuneros no responden como tales de pasivo alguno. Caben deudas y obligaciones de la comunidad, pero nacidas durante su existencia.

En la comunidad romana hay cuota fija, especialmente adjudicada, que, erigida en valor substantivo, con contenido concreto y valoración determinada, es susceptible de todos los actos de disposición. Esta división en cuotas desintegra el derecho de propiedad, atribuyendo a cada partícipe una porción sintética. En la herencia, no hay nada de esto, ya que ni la cuota es fija, concreta y determinada, sino que el derecho de cada heredero es abstracto, indeterminado y de contenido problemático, sin tener parte ni cosa especialmente adjudicada, pues el derecho de los coherederos se extiende *potencialmente* a todos y cada uno de los bienes sucesorios y cada heredero se reputa que hereda todo el patrimonio, si bien el alcance y extensión de su adquisición se halla comprimida por los derechos de los demás, pero sin llegar a dividir la titularidad global, y si bien cabe hablar de cuotas hereditarias, esto es sólo a modo de tasa, montante o módulo cuantitativo a los efectos de determinar, matemáticamente, la valoración de sus lotes el día de la

partición, y si bien no hay dificultad técnica alguna en permitir la libre disposición de las mismas, ésta no será definitiva como en la comunidad romana y no entrañará otra cosa que una disposición de lo que en lo futuro, y como resultado de la partición, a cada coheredero corresponda, sin poder, el heredero, responder del contenido económico de su derecho ni dislocar la titularidad global.

Asimismo, como el comunero no ostenta ninguna condición personalísima, y por ende intransmisible, al disponer de su cuota subroga totalmente, en su lugar, al cesionario, quedando aquél descartado en lo sucesivo y sin que deba intervenir al verificar la división, lo que no ocurre en la comunidad hereditaria, en que siendo el título de heredero incrustado en la persona del mismo, no puede desprendese de él una vez aceptada la herencia, pudiendo únicamente enajenar su contenido económico, representado por lo que en su día se le asigne en la partición, momento tan interesante aquí, que requiere el concurso del heredero.

Consecuencia del hecho de soportar conjuntamente los herederos la titularidad patrimonial íntegra de su causante, son llamados cada uno a toda la herencia en general, y sólo el concurso de los otros herederos limitan o comprimen este derecho. Todas las personas conjuntamente llamadas, representan una sola entidad—dice Manresa—que no desaparece mientras uno subsista. De aquí surge el derecho de acrecer. Al no aceptar, premorir o no poder adquirir un coheredero, queda éste eliminado y su derecho se reabsorbe en la comunidad.

Es indudable que nada de esto ocurre en la comunidad por cuotas.

La índole de la titularidad de los herederos sobre los elementos singulares de la herencia, impide calificar la comunidad hereditaria de comunidad romana, pues, respecto de cada cosa en particular, los herederos, conjuntamente, acaparan su pertenencia, asumiendo sobre cada una de ellas la plenitud de derechos que antes correspondía al causante, no resintiéndose su situación jurídica del cambio de titular y no provocando una división de cuotas en cada una de ellas, pues, aparte que esto equivaldría a una previa adjudicación, que no existe, no son llamados a ellas los herederos, sino a todo el patrimonio, y, por lo tanto, su derecho sobre las mismas no se manifiesta aisladamente, sino por efecto reflejo y como conse-

cuencia derivada de su titularidad global, abstracta y sintética del patrimonio hereditario y sin que a ellas pueda afectar la valoración o tasa de lo atribuible a cada coheredero, pues sólo respecto al patrimonio todo, y en cuanto a su valor, puede tolerarse el hablar de cuotas.

También es claro que esto no sucede en la comunidad romana.

La comunidad hereditaria es siempre forzosa, mientras que la romana puede ser voluntaria. Aquélla es incidental y transitoria siempre, y ésta no siempre lo es.

En fin, el régimen jurídico, normas de responsabilidad y otros puntos más, confirmarían aun más tal diferenciación.

Por lo dicho, hay que concluir que la comunidad hereditaria no es romana o «pro indiviso», y que, como consecuencia, hay que ver en ella un caso de comunidad «in solidum», y efectivamente así debe considerarse, pues todos los rasgos de ésta en ella se dan. Esto no quiere decir que la comunidad hereditaria no tenga algún punto de contacto con la romana. Colocada la comunidad «in solidum» entre la propiedad colectiva y la comunidad romana, participa como todo tipo intermedio de alguno de los caracteres de los tipos extremos, y en lo que respecta a la propiedad «pro indiviso», mantienen cierto parentesco, al considerar que ambas son formas de concurrencia de varios sujetos en un solo objeto, y por eso a las dos se les llama comunidad; en que estos varios sujetos no provocan la creación de un nuevo ente, sino que cada partípice conserva su propia personalidad, si bien en la «in solidum» hay un asomo de asociación; en que la petición de división es consubstancial en ambas y hasta si se quiere, la determinación al cuota de los derechos de los comuneros, si bien en distinto respecto.

Ahora bien, si la comunidad hereditaria encaja en los moldes de la propiedad mancomunada, los efectos de la partición no pueden ser nunca traslativos, ya que, no teniendo los coherederos partes indivisas especialmente adjudicadas, ni en el conjunto global, ni en los elementos singulares que integran el patrimonio relicto, no hay posibilidad de que se produzca el cambio recíproco de partes indivisas en la partición. Luego, como el derecho de cada heredero se extiende «in potentia» sobre todos y cada uno de los objetos de la masa hereditaria, estando comprimido virtualmente por la concurrencia del derecho de los demás, al efectuarse la partición, aquel

derecho potencial sobre todas las cosas se torna actual sobre los bienes colocados en su lote, habiendo sido eliminados o extinguidos (no traspasados) los derechos de los demás, cesando la comprensión que su titularidad exclusiva sufría, consolidándose su pertenencia única en los bienes adjudicados, en virtud del carácter elástico del derecho de propiedad. Por lo tanto, la partición no hace mas que eliminar, en cada lote, el derecho o las pretensiones de los no adjudicatarios, y, al desaparecer aquellas restricciones, cada heredero conserva la totalidad de las cosas a él atribuïdas, pero de una manera libre y exclusiva. De aquí que la partición opere a modo de expediente, instrumento u órgano que declara las porciones exclusivas de cada heredero, scgún la extensión cuantitativa de su participación en la comunidad, actuando, respecto a los derechos eliminados en cada lote, a modo de condición resolutoria cumplida, y, respecto al derecho declarado en cada lote, puede verse una condición suspensiva cumplida y a la vez resolutoria incumplida, aquélla afecta a la titularidad exclusiva o que deviene actual, y ésta, a la potencial, si bien es más lógico observar que el derecho exclusivo al lote adjudicado al venir la partición resulta con ésta cancelado de restricciones y libre de presiones que la concurrencia hereditaria provocaba y surgido desde el momento de la apertura de sucesión.

Estímese así o quiérase ver el mecanismo de condiciones cumplidas e incumplidas con su efecto substancial: la retroacción, siempre aparecerá la partición como un acto declarativo, o, mejor dicho, determinativo, y nunca traslativo de propiedad.

Todo lo que acabamos de exponer desvirtúa la opinión de Losana, expuesta por Manresa (1) y Morell. (2), y la argumentación en que se basa la teoría traslativista en la forma presentada por Planiol, que antes vimos.

Para Losana, la división, por su propia esencia y naturaleza, es un acto de traslación o commutación de dominio. La comunidad representa sólo un derecho de propiedad meramente abstracto, que se exterioriza en la facultad que indeterminadamente corresponde a

(1) «Comentarios al Código civil español», segunda ed., tomo VII, página 585.

(2) «Comentarios a la legislación hipotecaria», segunda ed., tomo II, página 510.

todos los partícipes sobre cada una de las cosas comunes. Si se enajena una fracción cualquiera, el adquirente tiene, en realidad, por causantes inmediatos, a todos los coherederos. Al procederse a la división, y por virtud de la misma, cada heredero cede, en realidad, a sus copartícipes, el derecho de condominio que le correspondía en los bienes que a éstos se adjudican en el reparto, y obtiene, a su vez, de los demás, el derecho que a éstos pertenecía sobre las cosas que a él se le asignan... Cada heredero tiene por transmitente inmediato al otro, y viceversa. Simula el acto una verdadera permuta.

La opinión de Losana—para Morell—(1), aunque *realmente fundada*, no es, sin embargo, la admitida en nuestro derecho.

Para nosotros descansa sobre una base falsa y un enfoque erróneo, pues parte del supuesto de que cada heredero tiene adjudicada una parte indivisa sobre cada *cosa o elemento singular* de la masa y creemos bastante demostrado que esto no es así. La partición no tiene otra función que la de delimitar y fijar los bienes en que cada heredero sucede al causante, transformando la atribución *sin potentia*, sobre todas y cada una de las cosas relictas, en una titularidad *in actu* sobre los bienes adjudicados. El acto realmente traslativo es el testamento o el supuesto legal de la sucesión intestada o forzosa, y, desde la muerte del «de cuius», se opera la transmisión, siendo la partición únicamente su complemento, pues «ella, por sí sola, carece de virtualidad, siendo una accesoriedad de la transmisión ya realizada. Sólo así, o sea partición y testamento o declaración de herederos juntos, se puede hablar de traslación de propiedad».

Como dice Laurent, en el hecho o acto de la partición, no hay porque un acto material no puede determinar el derecho, y, en este que buscar la causa jurídica de la propiedad de los partícipes, sentido, la partición declara solamente cuáles son los bienes que desde la apertura de la sucesión han pertenecido a cada uno de los herederos.

Además, el ser un acto forzoso, y en el que la voluntad concordada puede faltar (contador, imposición judicial), y aun cuando exista, no caber en los estrechos moldes del contrato, sino en la

(1) Ob. cit., tomo II, pág. 511.

fórmula amplia de una convención, hace imposible calificarla de acto traslativo en sentido técnico.

En resumen, en el orden doctrinal creemos que la partición sólo es un acto de efectos declarativos. Esto será lo rigurosamente científico, si bien, como apuntamos antes, no protege, entendida así, el interés de terceros que han contratado o han adquirido algún derecho sobre una cuota, quienes se encuentran bajo la amenaza de los efectos retroactivos de la partición. Estos efectos repercuten en el sector hipotecario, provocando asientos intermedios de un valor condicionado, no susceptibles de aplicarles las garantías del sistema, originando hondos problemas registrales, cuyo estudio alargaría con exceso este trabajo.

## IV

En nuestro Derecho, una curiosa coincidencia muestran la mayoría de los civilistas patrios al calificar de traslativos los efectos de la partición hereditaria, antes y después del Código civil.

Manresa, al comentar el artículo 1.068 del dicho cuerpo legal, estima que la partición es de efectos traslativos y no declarativos. Hasta puede afirmarse—dice—(1), que dicho artículo erige la partición en título de propiedad distinto e independiente al de herencia, reconociendo, con ello, dos actos traslativos diversos: uno, en que los partícipes tienen por transmitente inmediato al testador o causante de la sucesión, y otro, en el que cada coheredero tiene, como transmitente inmediato, a los demás.

Mucius Scaevola (2), después de señalar los dos grandes grupos en que se dividen en este punto los más importantes Códigos civiles extranjeros, incluye nuestra legislación entre las que siguen el sistema de la partición traslativa de propiedad.

Covián (3) sigue el mismo criterio, apoyándose en el artículo 1.068 en Mucius Scaevola y en la doctrina de la Dirección general de los Registros.

Jaén (4) también atribuye virtualidad traslativa al acto particional.

(1) Ob. cit., tomo VII, pág. 705.

(2) «Código civil concordado y comentado», tomo XVIII, pág. 388.

(3) Ob. cit., tomo XIV, artículo «Partición».

(4) «Derecho civil», pág. 385.

Para Sánchez Román (1), en el Derecho patrio, anterior y posterior al Código civil, la partición constituye un título traslativo del dominio de los bienes adjudicados a cada partícipe en pago de su haber, siguiendo el sistema romano y diferenciándose del francés.

Por este precepto (artículo 1.068), se ve que el Código—expone Valverde—ha venido a confirmar lo que decía la ley primera, título 15 de la Partida sexta, o sea que la partición constituye un título traslativo de dominio a favor de los herederos (2).

Según Castan (3), el principio declarativo francés no ha sido admitido en la legislación española, la cual, antes y después del Código civil, la partición constituye un título traslativo de dominio, encontrando su confirmación en el artículo 1.068 del Código y en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas las de 4 de Abril de 1905 y 26 de Enero de 1906, en cuya doctrina ve una consecuencia de la concepción traslativa del acto particional.

Campuzano (4) empieza por considerar la comunidad hereditaria como una «proprieté en main común», en que no existen cuotas o en que las cuotas que existen no recaen sobre la cosa considerada como objeto material, sino sobre su valor en cuanto forma parte de un patrimonio, o sea que esta cuota quiere decir sólo que cada comunista tendría derecho a una parte del valor que el conjunto patrimonial arroje, pero que su derecho en cuanto a la cosa misma se extiende a toda ella, y, como consecuencia, los actos de disposición han de llevarse a efecto por todos los herederos, sin que ninguno pueda disponer de una parte material o ideal de la misma, y que si bien nuestro derecho positivo no regula expresamente esta clase de propiedad, opina que, dentro del Código y la jurisprudencia, cabe construir dicha figura jurídica, siendo señaladamente una nota característica de ella en las sentencias dichas de 4 de Abril de 1905 y 16 de Enero de 1906. Pero después (5) llega, contra

(1) «Estudios de derecho civil», segunda ed., tomo VI, pág. 2079.

(2) «Tratado de derecho civil español», segunda ed., tomo V, pág. 570.

(3) «Derecho civil común y foral», segunda ed., tomo I, vol. II, pág. 414.

(4) Cuarto apéndice a los temas modificados por el programa de 19 de Junio de 1922 de las oposiciones al Cuerpo de aspirantes a Registros de la Propiedad, pág. 163.

(5) Pág. 169.

lo que era de esperar, a la afirmación de que el Derecho civil español, coincidiendo con el alemán, se inclina en el sentido de considerar la partición o adjudicación, de efectos atributivos o traslativos y que así lo reconoce la doctrina expuesta en las sentencias dichas.

El Tribunal Supremo, en sentencias de 11 de Junio de 1897 y 29 de Enero de 1916, reiterando antigua jurisprudencia y apoyándose en la ley 1.<sup>a</sup>, título XV de la partida 6.<sup>a</sup> y en el artículo 1.068, declara que la partición constituye un título traslativo de dominio a favor de los herederos.

En cambio, Morell (1) tiene un criterio opuesto, pues, a pesar de considerar realmente fundada en el orden dogmático la opinión traslativista de Losana, sostiene que no es la admitida en nuestro derecho, porque si se trata de una cosa particular común, su división no hace más que concretar, individualizar o determinar la parte separada independiente de cada partícipe, y a la fracción indivisa o abstracta del objeto sustituye una parte igual, aunque determinada del mismo, existiendo, por tanto, sólo un acto declarativo, una determinación cierta de lo que antes aparecía confundido o indeterminado. A pesar de que dicho autor muestra alguna vacilación, después, al decir que lo mismo ocurre si se atiende a la cosa universal considerándola como una sola y prescindiendo de las cosas particulares que comprenda, «aunque en ella parezca observarse más marcadamente el carácter traslativo», acaba por afirmar que se tiene que considerar la partición de la herencia sólo como un acto o título declarativo, confirmado por el artículo 1.059 del Código civil y la jurisprudencia.

RAMÓN M. ROCA,

Registrador de la Propiedad.

(1) Ob. cit., tomo II, pág. 511.

(Concluirá.)

# Bases para la reorganización judicial

Con el título que encabeza estas líneas, la Sociedad de Estudios Políticos, Sociales y Económicos ha dado a la publicidad un trabajo debido a la docia pluma de D. Angel Ossorio y Gallardo, contenido en un tomo en 4.<sup>o</sup> de 236 páginas, en las que el autor ha formulado las Bases a que debiera anoldarse una verdadera reorganización judicial.

Previa una *Introducción*, en la que opina que no debe esperarse a la reforma constitucional para acometer la de la Administración de Justicia, se acomoda al supuesto de que la nueva Justicia verá la luz con otra Constitución, y, por lo tanto, discurre como si los ca-rriiles de la actual no existiesen, mas con gusto sacrificaría la parte de su proyecto incompatible con la Constitución vigente, a cambio de no llevar a España a un nuevo período constituyente.

En dos partes divide su proyecto el Sr. Ossorio. En la primera trata de la organización judicial, propiamente dicha; en la segunda, del procedimiento. Una y otra aparecen subdivididas en capítulos, y después de cada base figura una exposición de motivos, sintética, a la misma referente.

Haremos una somera indicación de las materias de que trata la obra, conforme al plan seguido por el autor.

## P A R T E P R I M E R A

### ORGANIZACIÓN JUDICIAL

I. *Constitución e ideas generales sobre el Poder judicial.*—Empezando por la afirmación de que la Administración de Justicia es

un Poder del Estado, y determinando quiénes lo integran (Magistratura, Judicatura, Secretariado judicial, y oficiales y subalternos) y quién lo personifica (Presidente del Tribunal Supremo, con asiento en las Cámaras), trata de la inamovilidad y de la destitución de sus funcionarios ; de la supresión del Ministerio de Justicia y Culto ; de la unificación de la Judicatura, Magistratura y Secretariado en una sola carrera y con un mismo escalafón, siendo el puesto inferior el de Secretario de Juzgado municipal de capital de provincia o población superior a 20.000 almas, y el superior el de Presidente de la Audiencia de Madrid y Barcelona. La organización judicial del territorio español estaría integrada por Juzgados municipales de dos categorías ; Juzgados de instrucción, de tres ; Audiencias provinciales, ídem territoriales, de dos categorías, y aparte las de Madrid y Barcelona y el Tribunal Supremo.

El servicio del primer escalón (Juzgados municipales de poblaciones menores de 20.000 almas y que no sean capitales de provincia) constituye una función de ciudadanía, y el de los demás, un ministerio profesional y técnico.

A los indicados Juzgados municipales les asigna competencia, en lo civil, hasta 1.000 pesetas, y en lo penal, hasta treinta días de arresto o multa de 500 pesetas. En los Juzgados municipales servidos por Jueces de carrera, la jurisdicción civil llegaría hasta 5.000 pesetas, y la penal, a todo el arresto, dejando para los Juzgados de instrucción el conocimiento de los juicios verbales y de faltas en que no puedan intervenir los municipales de categoría inferior, aunque con los mismos trámites, sin apelación.

II. *De las competencias entre el Gobierno y la Justicia.*—Serán resueltas por una Junta integrada por el Presidente del Consejo de Estado, la Comisión permanente del mismo, el Presidente del Tribunal Supremo y el Ministro a cuyo departamento afecte la cuestión. La presidirá, con voz y sin voto, el Rey, y si la decisión es favorable al Poder judicial, asumirá la responsabilidad de ella el Presidente del Supremo. En otro caso, el Ministro correspondiente.

III. *De los ingresos, ascensos, servicios y jubilaciones del personal judicial.*—Las principales novedades que en estas materias se consignan, son las de exigirse para la toma de posesión los veintitrés años de edad, como mínimo ; la de que el ejercicio práctico de la oposición se verifique ante un Tribunal integrado tan sólo por

Magistrados y Abogados, bajo la presidencia del del Supremo ; y el teórico, con una parte oral y otra escrita, ante otro Tribunal diferente, presidido por uno de Sala del Supremo y formado exclusivamente por elementos universitarios y académicos ; y la facultad de eliminar antes de la oposición, por razones de índole moral.

Los ascensos en la Judicatura, por rigurosa antigüedad en la carrera, pero reservando la mitad de las vacantes de Magistrados de entrada para oposición entre Jueces de todas las categorías. En la Magistratura, ascensos por antigüedad en la carrera y por la que se tenga en la categoría, reservando una vacante de cada veinte para méritos declarados.

Las categorías de los funcionarios, independientes de los servicios, habiendo dos grupos de aquéllas : Jueces y Secretarios de Juzgados, y Magistrados y Secretarios de Tribunal colegiado, incluso el Supremo.

Los jubilados por edad (setenta y dos años) quedarían adscritos al servicio para desempeñar plazas de Magistrados suplentes o Secretarios, Jueces de instrucción interinos o Jueces municipales.

Para los sueldos establece nueve categorías, desde Secretario de Juzgado municipal de capital de provincia o población de más de 20.000 almas, y Secretario de Juzgado de instrucción de entrada (8.000 pesetas), a Presidentes de Sala y de Audiencia de Madrid y Barcelona, con 40.000.

*IV. Del Tribunal Supremo.*—Es el organismo superior del Poder judicial, pero no forma parte de la carrera. Le confiere funciones políticas, judiciales y gubernativas y le asigna nueve salas (dos para lo civil, una de Derecho social, otra de penal, otra de única instancia para lo contencioso-administrativo, otra de apelaciones de dicha jurisdicción, otra para conocer de los recursos de ilegalidad contra las resoluciones ministeriales, otra para los de constitucionalidad de las leyes y otra de Gobierno) y dos Direcciones generales (Registros y Prisiones). La plantilla la forma con cincuenta y cuatro Magistrados, dos Directores generales, diez y siete Secretarios y cincuenta y tres Oficiales de Sala.

El Presidente de este Tribunal será elegido por una Asamblea presidida por el Rey, con voz y sin voto, en la que entran distintos elementos, y para ser elegido no se requieren más condiciones que la de ser español, mayor de cuarenta años y Licenciado en De-

recho y no adolecer de incapacidad ni incompatibilidad para cargos judiciales. El cargo es vitalicio, pero puede ser destituido por la Asamblea.

Las plazas de Magistrado se cubren: una tercera parte entre Magistrados o Presidentes de Sala de Madrid y Barcelona o Presidentes de territorial con dos años de antigüedad y servicios efectivos en la categoría. Otra tercera parte por oposición entre funcionarios judiciales de categoría superior a Jueces de ascenso, y el resto por oposición libre entre Licenciados y Doctores en Derecho que no pertenezcan a la carrera y sean menores de cincuenta años.

Los Directores generales serán nombrados por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, entre Magistrados, Abogados, Notarios, Registradores o funcionarios del Cuerpo de Prisiones, siendo inamovibles como los Magistrados y con iguales honores, categoría y sueldos.

El haber de los Magistrados del Supremo será de 50.000 pesetas; para los Presidentes de Sala, 60.000, y para el del Tribunal, 75.000.

*V. Del Consejo Judicial.*—La jurisdicción gubernativa, la disciplinaria y la inspección de Tribunales estará a cargo de un Consejo presidido por el del Supremo y formado por tantos vocales como categorías existan entre Juez de entrada a Magistrado del Supremo, correspondiendo serlo al número primero de cada categoría y durando el cargo dos años; tendrá también un Secretario y dos Vicesecretarios, y su residencia será Madrid, siendo sus acuerdos ejecutivos, sin perjuicio del recurso contencioso-administrativo. Será también función peculiar del Consejo la formación del presupuesto anual para el Poder judicial, que será discutido y votado en Cortes, estando a cargo del Presidente del Supremo su explicación y defensa ante ellas.

*VI. De los Oficiales de Justicia.*—Crea el Cuerpo de éstos, mediante oposición, y establece siete categorías, desde Oficial de Juzgado municipal de capital de provincia o población mayor de 20.000 almas, y de Juzgados de instrucción de entrada, a Oficial de Secretaría del Tribunal Supremo, con sueldos desde 4.000 a 15.000 pesetas.

*VII. De la responsabilidad judicial.*—Esta será de dos clases: civil y criminal. La primera será exigible ante la Sala se-

gunda de lo civil del Tribunal Supremo, integrada por todos sus Magistrados, sin necesidad de antejuicio ni paralización del curso del pleito en que se haya contraído la supuesta responsabilidad, tramitándose por los de la ley de 5 de Abril de 1904, sobre la de los funcionarios públicos. En estos juicios serán parte el reclamante y el Ministerio Fiscal, y podrán serlo también el acusado y las demás partes del juicio de que la responsabilidad dimane. Cuando la demanda se dirija contra Magistrados del Supremo, conocerá éste en pleno, con la asistencia forzosa de los dos tercios de sus miembros.

La criminal tampoco precisará de antejuicio, y se tramitará mediante denuncia del perjudicado ante el superior jerárquico del acusado, designándose un instructor que forme el proceso, que, una vez terminado, se elevará a la Sala de lo criminal del Tribunal Supremo, la que procederá como en cualquier otro juicio de los que conozca en forma oral y pública.

La de los Oficiales de Justicia de ambas clases, será perseguida como la de cualquier otro ciudadano.

VIII. *Del tributo judicial.*—Además del timbre del Estado, los litigantes abonarán un tributo según la cuantía del asunto y con arreglo a una escala gradual del uno al cinco por ciento, quedando al arbitrio del Juez, aunque dentro de los expresados límites, su fijación en los asuntos de cuantía indeterminada. No se devengará en las causas criminales a instancia de parte; y en los delitos públicos, los actores particulares pagarán la cantidad moderada que el Tribunal fije, en relación con la condición y posición económica de aquéllos.

IX. *Del Ministerio Fiscal.*—Seguirá ajustado, en líneas generales, a su Estatuto actual, y dependerá de la Presidencia del Consejo de Ministros, y en lo contencioso-administrativo, en todos sus grados, estará exclusivamente a cargo de los Abogados del Estado.

Cuando un funcionario de este Ministerio manifieste, en asunto determinado, que repugna a su conciencia seguir las instrucciones de su jefe, éste buscará otro que las acepte o las ejecutará por sí mismo.

La delegación del Ministerio Fiscal ante los Juzgados, no podrá recaer en los Fiscales municipales, ni en quien no pertenezca

a dicho Ministerio; y donde no haya delegación, las notificaciones se sustituirán por oficios enviados por correo certificado, teniendo el Fiscal dos días más que las otras partes para evacuar traslados e interponer recursos.

La responsabilidad civil y criminal de los individuos de este Ministerio será exigible en la vía y forma que la de los demás funcionarios públicos.

Tendrán el carácter de autoridad dentro del territorio de su jurisdicción, excepto en los estrados del Tribunal, con relación a los Abogados o a las partes que actúen, pues todos estarán sometidos a la autoridad disciplinaria del Juez o Presidente.

En lo contencioso-administrativo, cuando todos los Abogados del Estado en la provincia, o en el Tribunal Supremo, entiendan indefendible una resolución de la Administración, lo comunicarán a la autoridad de que dimane para que la defienda por sí o la enciende a un funcionario de su dependencia o a un Abogado.

X. *De los Abogados.*—Los litigantes podrán defenderse por sí, pero no podrán utilizar los servicios de otra persona que no sea Abogado; y cuando el Juez o Tribunal entiendan que, por malicia, desidia o incompetencia del litigante, se perturba el procedimiento, con daño de los demás litigantes o de la Justicia, podrán obligarle a que designe Letrado.

El ejercicio de la Abogacía será incompatible con todos los empleos públicos, excepto el magisterio del Derecho en las Universidades o en cualquier otro centro docente.

Suprime el derecho de jura de honorarios, y en cuanto a la forma de tributar por utilidades, con una cuota anticipada, pero sin constituir gremio industrial, respondiendo los Colegios de entregar al Erario público una cantidad fija por cada ejerciente, y el complemento necesario para cubrir el tipo de utilidad, siendo autónomas dichas entidades para organizar este servicio. Los Abogados que ejerzan donde no haya Colegio, se incorporarán a cualquiera de los de la provincia.

XI. *De los Procuradores.*—También será potestativo valerse de ellos, pero no podrán utilizarse otras personas, ni aun a título de apoderados o administradores. Cuando intervengan podrán jurar las cuentas de suplidos, no las minutas de honorarios. Su nú-

mero será limitado en cada Tribunal, y los aranceles serán revisados, para abaratarlos.

XII. *De los archivos judiciales.*—Serán confiados a la custodia del Cuerpo facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, sin perjuicio del ejercicio de la fe pública por los funcionarios judiciales.

\* \* \*

Después de las treinta y siete bases que comprenden los anteriores enunciados, vienen otras cuatro *transitorias*, según las que los funcionarios judiciales que lleven más de diez años de servicio y cobren por arancel, podrán optar entre continuar por este sistema hasta su muerte (pero sin poder cambiar de sus destinos actuales y quedando fuera del Cuerpo judicial, como funcionarios a extinguir), o acogerse al sueldo, en cuyo caso se les reconocerán los años de servicios que lleven prestados, a los efectos de su inclusión en el escalafón, y quedando refundidos en la Judicatura y Magistratura.

Los actuales Oficiales letrados de la Dirección general de los Registros, que tienen a su cargo la resolución de los recursos gubernativos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, pasarán a desempeñar plazas de Secretarios de la Sala segunda de lo civil del Tribunal Supremo, quedando incorporados al escalafón, según sus años de servicios. Una vez jubilados o fallecidos, sus plazas quedarían reintegradas al Cuerpo Judicial.

Los actuales Secretarios de Sala que lleven más de diez años de servicio y no tengan nota desfavorable, quedarán incorporados a la última categoría del escalafón, y lo mismo los Secretarios municipales letrados de población superior a 20.000 almas.

Los curiales actuales y los empleados del Estado en las secretarías, unos y otros con más de diez años de servicio, serán sometidos a una depuración de antecedentes, y si de ella salen sin tacha, podrán entrar a formar el primer escalafón de Oficiales de Justicia, que se constituirá mediante examen, en la proporción de tres puestos para éste y uno para aquéllos. Los Oficiales de Sala quedarán donde están, incorporándose al escalafón y siguiendo el curso del mismo.

## P A R T E S E G U N D A

## DEL PROCEDIMIENTO

A) *Las jurisdicciones autónomas.*

Autoriza a las personas colectivas para formar un estatuto, con arreglo al cual ventilen las cuestiones de derecho privado surgidas entre sus componentes, sin necesidad de acudir a los Tribunales de justicia, sin más condición que la de que sea aprobado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, y que el Presidente del organismo juzgador sea un Juez o un Magistrado.

B) *El Enjuiciamiento civil.*

I. *Conceptos generales.*—En general, mantiene la estructura de la actual ley de enjuiciar, simplificando y abreviando trámites, y establece el principio de que, una vez que se ruego la jurisdicción civil, se entienda que se solicita todo lo necesario al curso del pleito, por lo que se acordarán trámites y se conferirán traslados sin necesidad de petición alguna, mientras las partes, de mutuo acuerdo, no insten la suspensión del procedimiento; confiriendo los términos por la totalidad de sus plazos, sin prórrogas y sin admitir escritos de apremio, y cuidando los Secretarios de que los autos sigan su curso por ministerio de la ley.

Todas las resoluciones serán razonadas, sin necesidad de fórmulas fijas y con supresión de las providencias de seco «No ha lugar».

Las sentencias se discutirán secretamente y se votarán en público, con señalamiento de día y citación de las partes, y los votos particulares se incorporarán a los autos y se harán públicos al mismo tiempo que aquéllas.

Salen del conocimiento judicial y pasan al del Notariado los actos de jurisdicción voluntaria y todas las diligencias que tengan por objeto la constancia de hechos, sin que surja contienda ni haya precisión de decidir nada.

En las cuestiones estrictamente jurídicas en que las partes precisen tan sólo de una definición de derecho, podrán acudir directamente al Tribunal Supremo, mediante relación de hechos, suscrita de conformidad, y planteando razonadamente las cuestiones que se hayan de resolver, con facultad en el Tribunal de solicitar las ampliaciones o aclaraciones que estime necesarias y abstención de conocer en cuanto exista disconformidad en algún hecho. Habiendo conformidad absoluta, llamará los autos a la vista, escuchando a las partes o a sus defensores, reclamando documentos, si fuere indispensable, y dictando sentencia.

II. *De las iniciativas judiciales.*—Los Jueces y Tribunales pueden tomar: las de dictar providencias para mejor proveer; proponer a las partes soluciones que contribuyan a aclarar y simplificar el pleito; adoptar de oficio medidas que contribuyan, desde el primer momento, a asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga; declarar el procedimiento de interés público a instancia de parte y previo dictamen favorable del Ministerio Fiscal, desde cuyo instante quedarán en suspenso los ritualismos procesales; de conformidad con las partes, excusar trámites y fórmulas que puedan agravar con el escándalo las desavenencias en los pleitos que afecten al decoro, dignidad, etc., de las familias, sustanciándolas en reserva.

III. *De los juicios.*—Los singulares los clasifica en de menor y de mayor cuantía, siendo 25.000 pesetas la cifra que los determina.

Los de mayor cuantía se preparan ante el Juzgado, con los escritos de demanda y contestación (suprime los de réplica y díuplica) y proposición de prueba, en la que será permitido argumentar, tramitando y decidiendo el instructor las incidencias que en ese período se presenten, pero sin alzada.

Elevados los autos a la Audiencia, ésta aprecia si entre las cuestiones planteadas hay alguna excepción dilatoria o algún motivo de nulidad, en cuyo caso, y con la prueba que sea indispensable, llamará el artículo a la vista y lo resolverá mediante auto. Cuando no las haya, o se repelan, se entrará en el período de pruebas, las que podrán practicarse ante la Sala, ante el ponente, o por el Secretario, o por el Juez instructor, mediante delegación.

En los pleitos menores de cien folios no habrá resumen de se-

cretaría ni traslado de instrucción ; en los de más de ciento y menos de doscientos, sólo un índice de los folios en que figuren los escritos, resoluciones y diligencias ; y en los que excedan de doscientos, se formará un extracto, del que se pasará copia a cada una de las partes y a los Magistrados.

Cada parte podrá presentar, hasta ocho días antes de la vista, nota razonada sobre todo o parte de lo actuado, de la que entregará copia a las otras partes y a los Magistrados.

En la vista, cualquiera de los Magistrados podrá pedir puntualizaciones y aclaraciones a los Abogados, sobre los puntos que no estime claros.

Los juicios de menor cuantía tendrán idéntica tramitación, pero ante las Audiencias provinciales.

Los incidentes se tramitarán como los juicios verbales.

Ante los Jueces se resolverán los juicios universales, y los ejecutivos, interdictos, depósitos y alimentos, como hasta ahora, y aligerando trámites, y conapelación ante la Audiencia territorial para los universales, y ante la provincial para los otros.

Los juicios de árbitros y de amigables componedores, como hasta ahora, y en vez del recurso de casación, el de nulidad ante la Audiencia territorial, conforme al número 3.<sup>º</sup> del artículo 1.691 de la ley de Enjuiciamiento civil.

*IV. Del recurso de casación.*—En él se introducen las modificaciones siguientes : Elevación de los autos originales al Supremo ; pase de ellos, una vez formalizado el recurso, al ponente, quien, si tiene dudas sobre su admisión y las ve compartidas por la mayoría de sus compañeros, podrá determinar celebración de vista sobre este punto concreto ; devueltos los autos por aquél, o acordada la admisión, señalamiento de día para la vista, sin instrucción a las partes, en cuyo tiempo, y antes de los ocho días precedentes a su celebración, el Secretario formará nota más concisa que actualmente, y el recurrido podrá entregar al recurrente y a los Magistrados extracto explicativo de sus puntos de vista. Esta, la votación de la sentencia y la publicidad de los votos particulares, como en las Audiencias, pero publicándose unas y otros en la *Gaceta* y en la Colección legislativa.

C) *El Enjuiciamiento penal.*

I. *Consideración general.*—Conserva la competencia y la jurisdicción de los Tribunales actuales, y se muestra partidario del Jurado, aunque estima que no debe restablecerse su funcionamiento hasta que no haya un nivel más elevado de ciudadanía.

II. *De los juicios comunes.*—En las causas que no tengan tramitación especial, el instructor, antes de dar por terminado el sumario, requerirá a las partes para que si echán de menos alguna diligencia, la soliciten, y elevado el sumario a la Audiencia, se pasará al Fiscal y a los acusadores para la calificación del hecho y señalamiento de culpabilidad o petición de sobreseimiento, pudiendo la Sala practicar por sí o por delegación las diligencias que como prueba se le pidan y que no puedan o no deban aplazarse para el juicio oral. Después, traslado a la defensa. La prueba pericial, como en lo civil, pero existirán listas de médicos psiquiatras, a las que se acudirá en los casos de insacuación; y cuando un médico haya de dictaminar sobre la capacidad de un procesado, lo tendrá a su disposición, para su examen, el tiempo que juzgue preciso. Cuando el instructor entienda que el hecho es casual y no ofrece indicio racional de delito, podrá dar por terminadas las diligencias y ordenar su archivo, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

III. *De los juicios especiales.*—En los delitos de injuria o calumnia y en los cometidos por medios mecánicos de publicidad, no habrá sumario. El Ministerio Fiscal o la parte agravuada presentarán su querella ante la Audiencia, quien citará a las partes y a todos los que puedan ser responsables subsidiarios, de comparecencia al juicio oral, previniéndoles que aporten a él las pruebas de que intenten valerse, bajo apercibimiento de seguir el juicio en rebeldía.

En el acto de éste se practicarán las pruebas propuestas y estimadas pertinentes, y después de fijadas las conclusiones por las partes y de informar éstas o sus Letrados, se dictará sentencia, que no podrá ser condenatoria para los que no hubiesen sido citados al juicio.

Al querellante se le reconoce el derecho para solicitar del Juez del partido o del de guardia, donde hubiere más de uno, ciertas diligencias, como secuestro de impresos, etc., y acordadas y practicadas, se elevarán al día siguiente a la Audiencia, donde ya obrará la querella.

El recurso de casación en estos delitos se formalizará ante la misma Audiencia, dentro de los cinco días de notificada la sentencia, y aquélla comunicará las copias del mismo a las otras partes, y elevará los autos a la Sala segunda del Tribunal Supremo, la que señalará día para la vista dentro de los quince siguientes; oirá en ella a las partes personadas o a sus defensores y decidirá cuantas cuestiones de fondo y de forma hayan sido planteadas.

En los delitos flagrantes, se limitará la intervención del Juez a las actuaciones indispensables para describir el hecho, identificar personas, detener a los culpables, etc., y elevada la causa a la Audiencia, se le dará el trámite ordinario, pero con turno preferente, y sólo en casos extraordinarios, que serán materia de providencia explicativa, podrá demorarse la celebración del juicio oral más de un mes, desde el día en que entró el proceso. Igual procedimiento se seguirá para los delitos contra la vida de las personas y contra el orden social, desde que quede dictado el auto de procesamiento.

IV. *Del recurso de casación.*—Conservándole dentro de los términos jurídicos de hoy, amplía el arbitrio de la Sala segunda del Tribunal Supremo en cuanto a medidas de prevención y equidad.

V. *Del perdón judicial.*—Este sustituye a la gracia de indulto, y se concede mediante determinados requisitos.

VI. *De las medidas de previsión.*—Pide que se establezcan en el Enjuiciamiento penal o en otra ley especial, contra personas de inclinación delictiva o que ofrezcan indicios de perturbación mental.

#### D) *Del Enjuiciamiento contencioso administrativo.*

No serán materia propia de esta jurisdicción las cuestiones que no afecten directamente a la Administración pública, por actuar

ésta en funciones de simple registro, u otras análogas, y referirse la controversia a intereses particulares, como en marcas de fábrica, patentes, etc., las que deben ir a lo civil, limitándose en ellas la Administración a informar a los Tribunales ordinarios, ya por propia iniciativa, ya a instancia de parte.

Esta jurisdicción continuará como hasta aquí, suprimiendo en los Tribunales provinciales los vocales adjuntos, pues todo el personal será judicial.

Ante las Audiencias provinciales (Presidente y dos Magistrados) y ante las territoriales (Presidente y cuatro Magistrados) se sustanciarán las reclamaciones contra autoridades locales y provinciales, sirviendo el límite de 25.000 pesetas para determinar la respectiva competencia, y siendo de las territoriales la de las de cuantía indeterminada.

Todas las apelaciones irán al Tribunal Supremo, formando Sala dos Magistrados más que los de la sentenciadora, siendo de un mes el término para interponer el recurso y estando encomendado el Ministerio Fiscal en todas las instancias a los Abogados del Estado.

Si la autoridad a quien se reclame un expediente tarda más de un mes en remitirlo, se podrá proceder contra ella por desobediencia; y si las partes no suministran el papel dentro de diez días, caducará el recurso.

La Administración no podrá dejar de ejecutar las sentencias más que en los casos del artículo 84 de la Ley, y si se resistiere, la Sala pasará los antecedentes a la segunda de lo civil, para que ésta, de oficio, pueda exigir la responsabilidad a la Autoridad resiente, comunicándolos también al Ministerio Fiscal.

Sujeta a estos litigantes al tributo judicial.

#### E) *Del recurso por ilegalidad de las disposiciones ministeriales.*

Se verán ante la Sala séptima del Tribunal Supremo, y pueden ser promovidos por cualquier particular, mediante fianza no inferior a 25.000 pesetas, que perderá, caso de no prevalecer. Se presentará escrito razonado, con emplazamiento, al Ministerio Fiscal,

y se celebrará vista para que ambas partes expongan sus alegaciones.

*F) Del recurso por inconstitucionalidad de las leyes.*

Estos serán ventilados: o por vía de consulta que eleve cualquier Tribunal del reino, en cuyo caso se limitará a resolver la consulta, o por recurso que interponga una entidad de carácter público (aunque no sea oficial), o una masa considerable de ciudadanos. Para éste se exigirá una fuerte fianza y se tramitará con admisión del reclamante, del Ministerio Fiscal y de la representación que quieran enviar las Cámaras legislativas.

En todo caso, el Tribunal tendrá facultad para pedir informe e ilustración técnica al Consejo de Estado, Academias, Universidades y a cualquier órgano consultivo del Poder público.

*G) La jurisdicción castrense.*

Con la supresión del fuero personal y determinación de la jurisdicción por la naturaleza del hecho delictivo, los Tribunales del Ejército y de la Armada, en tiempo de paz, sólo tendrán competencia para juzgar los delitos que especialmente afecten a la eficacia militar. En los delitos de esta última naturaleza, el sumario se instruirá por personal del Cuerpo jurídico respectivo, el que desempeñará también siempre los oficios del Ministerio Fiscal.

El juicio y la sentencia corresponderán a un Tribunal mixto, formado por un Jurado militar designado automáticamente, o por el Gobernador militar o Autoridad marítima de la plaza, y la sección correspondiente de la Audiencia provincial. El Jurado dictará veredicto y los Magistrados aplicarán la ley.

Los procesados podrán defenderse por sí mismos o nombrar defensor Letrado.

Contra las sentencias del Tribunal mixto cabrá el recurso de casación ante la Sala segunda del Tribunal Supremo, formando parte de ella un Consejero togado de Guerra y Marina.

Los delitos de cualquier naturaleza perpetrados por militares

en campaña o en estado de guerra, o en barcos de la Armada en alta mar, serán juzgados por sus propias leyes por los Tribunales del Ejército y de la Armada, e igualmente se juzgará a los civiles que en dichos casos cometiesen delitos de naturaleza militar. Para los delitos comunes de los últimos, en las circunstancias dichas, se instruirá sumario por funcionario jurídico castrense, y se remitirán las diligencias a la Audiencia de la provincia de donde salió el Cuerpo o barco, para que continúe el juicio en la forma ordinaria antes dicha.

• • •

Con las treinta y cinco bases contenidas en esta segunda parte termina la obra del Sr. Ossorio y Gallardo, de la que hemos procurado dar una síntesis y en la que, como habrá podido apreciarse, enfoca todos los problemas necesitados de urgente solución, tanto en lo que afecta al personal de la carrera judicial, como en lo que al procedimiento se refiere.

Digna de aplauso es la conducta del autor al dar a la publicidad las orientaciones que cree deben prevalecer, y su ejemplo debe ser imitado por las demás autoridades del Foro, sobre todo en los momentos actuales, en que la Asamblea Consultiva Nacional va a discutir los proyectos constitucionales, entre los que se comprenden el que al Poder judicial hace referencia.

Y ahora, aun cuando no tengamos autoridad alguna en el Foro, ni fuera de él, séanos permitido exponer algunos de los extremos en que discrepamos del autor de las Bases, discrepancias que obedecen a antiguas convicciones nuestras, nacidas unas por la larga actuación ante los Tribunales, y otras del mucho pensar en las necesidades de la administración de la Justicia.

Coincidiendo con el ilustre maestro en que el personal de la Judicatura y de la Magistratura ha de gozar de una absoluta independencia, y debe estar, por consiguiente, desligado por completo del Poder ejecutivo, y en tal sentido aplaudimos su propósito destraerlo del Ministerio de Justicia y Culto, no compartimos su idea de la supresión de dicho Ministerio.

La organización del territorio judicial, su demarcación, etcétera, entendemos que nada tiene que ver con la actuación de Jueces y Magistrados, y creemos que estaría fuera de lugar encomen-

dada a los que de aplicar las leyes están encargados, distayéndolos de su principal misión.

Si bien es cierto que la resolución de los recursos gubernativos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, deben pasar en segunda y única instancia al Supremo (somos partidarios de que la primera, en vez de tramitarse en las Audiencias, lo sea ante la Dirección), ya que, al fin y a la postre, verdadera función judicial es, las demás incidencias del mencionado Cuerpo (que son muchísimas), así como lo referente a los Registros Mercantil, de Hipotecas legales, Últimas voluntades, etc., Notariado y, en fin, cuantos demás asuntos ocupan hoy la actividad de la Dirección general de los Registros, no tienen su marco adecuado en el superior Tribunal juzgador, ni aun en el supuesto de crear en él una Dirección general. Y lo mismo decimos del trasplante de la de Prisiones. Además de éstas, y fuera de las atenciones del Culto, hay otras materias encomendadas hoy a dicho Centro ministerial y que no se dice dónde irían a encajar.

Basta, a nuestro juicio, con separar del departamento actual todo lo relativo al personal judicial, y no estimamos propio de unas bases para dicha organización el desperdigar los demás asuntos de que hoy conoce.

Otro punto en el que discrepamos es en el de la fusión del Secretariado con la Judicatura y Magistratura, ya que siendo las funciones completamente diferentes, la separación de Cuerpos debe subsistir.

El principal argumento del Sr. Ossorio en pro de tal fusión, parece ser el de que el Juez debe entrenarse para el desempeño de su ministerio ejerciendo de Secretario. Contra éste oponemos el de que el principal entrenamiento está en el ejercicio de la profesión de Abogado y en la práctica *verdad* (no simulada) en Juzgados de gran movimiento. De aquí que nuestro ideal sea que antes de posesionarse del primer Juzgado, se haya ejercido algún tiempo (tres años, por ejemplo) la Abogacía, y después se haya practicado uno, por lo menos, adscrito a un Juzgado de Madrid, Barcelona, Valencia, etc., ingresando en un Juzgado municipal de importancia, como primer destino, para de él pasar ya a uno de primera instancia e instrucción, con conocimiento de la vida, con práctica de argumentar y de juzgar, en edad madura, y no como

hoy se entra, acabada la lactancia jurídica y sin haber empezado casi a digerir alimentos sólidos.

No quiere esto decir que el aspirante a la Judicatura no tuviese el auxilio del sueldo desde el primer momento de ser admitido como tal (al terminar la oposición). No.

Si se quiere, y a ello debe aspirarse, que a la Judicatura vaya lo más florido y mejor de nuestras Universidades, hay que empezar por dotar a su personal, desde el primer momento de su ingreso, no ya decentemente (que hoy no lo está), sino espléndidamente, de tal modo que la independencia económica sea, por lo menos, tan absoluta como la del cargo. No basta acumular honores, prerogativas y consideraciones sociales sobre el cargo, si al propio tiempo no se le acompaña de medios económicos para vivir en él, no ya sin ahogos, sino con toda clase de comodidades y en cuantía no inferior a los que puedan proporcionar otras carreras jurídicas. Hoy, lo mejor que sale de las aulas universitarias se va al Notariado, donde se puede sentar plaza de capitán general y donde, aun cuando se entre de soldado raso, puede ascenderse al generalato en muy poco tiempo, razón por la cual hoy se ve el éxodo constante de Jueces jóvenes que truecan el bastón de mando por el signo notarial. No debe consentirse que haya Jueces (y nosotros hemos conocido alguno de término) que no tengan criada, porque el sueldo no les da lo suficiente ni aun para mantener a la familia. A los que hemos convivido con ellos nos ha causado siempre gran amargura ver que hay muchos obreros manuales que gozan de un jornal superior al del Juez, siendo mil veces mayores las exigencias sociales de éstos que las de aquéllos, y que el sueldo nominal quedaba en gran parte mermado, no ya por el impuesto de utilidades, sino por los gastos que toda salida judicial lleva consigo, y que son con cargo a la *pingüe* retribución del funcionario. ¡Una vergüenza!

Los sueldos que propone el Sr. Ossorio, con ser bastante mayores que los actuales, no llenan todavía la condición debida. Verdad que así lo reconoce, pero no se atreve a proponerlos mayores por temor a que no sean aceptados. Sin embargo, creemos que los que debieran ser son los siguientes:

*Pesetas*

|   |         |
|---|---------|
| Aspirantes ejercientes de la Abogacía.....  | 7.500   |
| (Estos gozarán, además, de los ingresos que la profesión les diese.)  |         |
| Aspirantes adscritos a Juzgados :   |         |
| A) En los del punto de su residencia habitual.....  | 12.000  |
| B) En los de fuera de ella.....   | 15.000  |
| Jueces municipales de la Judicatura.....  | 16.000  |
| Jueces de primera instancia e instrucción, de entrada .....   | 18.000  |
| Idem íd. íd., de ascenso.....   | 24.000  |
| Idem íd. íd., de término.....   | 30.000  |
| Magistrados, de entrada.....  | 37.500  |
| Idem, de ascenso.....   | 45.000  |
| Idem, de término.....   | 52.500  |
| (Los Presidentes de Sala gozarán, además, de una gratificación de 6.000 pesetas anuales.)                   |         |
| Magistrados de Madrid y Audiencias asimiladas y Presidentes de las demás Audiencias.....                    | 66.000  |
| (Los Presidentes de Sala de Audiencia privilegiada tendrían, además, la gratificación anual de 7.500 ptas.) |         |
| Presidentes de Audiencia de Madrid y asimiladas.....  | 80.000  |
| Magistrados del Tribunal Supremo,.....  | 90.000  |
| Presidentes de Sala del ídem.....   | 100.000 |
| Presidente del Tribunal Supremo.....  | 150.000 |

Todos los sueldos estarían exentos del impuesto de utilidades, y los que los gozaran carecerían de derechos pasivos, pues esta carga debe soltarla el Estado, en todos los órdenes.

El ingreso en la carrera sería por oposición, como propone el Sr. Ossorio, y con el doble Tribunal por él ideado pero con supresión del ejercicio oral, que no sirve, en la mayoría de los casos, más que para que el locuaz se luzca y el premioso de palabra o de temperamento nervioso fracase, aunque sea un pozo de ciencia.

En el primer ejercicio, tramitación y resolución de los varios asuntos que se presentan en la carrera. En el segundo, tenas de las varias ramas del Derecho, a desenvolver por escrito.

No debe asustar lo largo de las oposiciones ni el rigor en la calificación, pues la selección debe ser exquisita.

Ningún límite de edad para efectuar la oposición. Para posesionarse de Juzgado de entrada, el de treinta años, cuando los impulsos de la juventud están ya sentados y el discurso es sereno y tranquilo.

\* \* \*

El Secretariado debe seguir como está. Conforme en que se le asigne un sueldo para lo futuro, y para los que a él quieran acogerse, siempre que sea suficiente y remunerador, pero en lo que no estamos conformes es con que el que no quiera acogerse al sueldo, quede en su actual destino toda la vida. Eso ni debe ser, ni el Estado puede, legalmente, hacerlo. El Secretario que ingresó en la carrera con arreglo a un estatuto (al decir de moda actual) en el que se le reconocía derecho a cobrar por arancel y a variar de destino, con facultad de llegar al más alto de la jerarquía, *celebró un contrato* con el Estado, en el que éste obraba como persona jurídica, y, por consiguiente, ese contrato no puede novarse por voluntad de una sola de las partes.

\* \* \*

No estamos conformes con el tributo judicial. Es un gasto más que se echaría sobre el litigante, bastante esquilmando ya. Este ya contribuye a los gastos de la administración de Justicia con el importe del papel sellado (impuesto cuya percepción debiera modificarse, y en vez de tributar por pliegos, hacerlo por un tanto por ciento, de una vez, al iniciarse el pleito, y en metálico) y aranceles judiciales. En cambio, ni los Secretarios, ni los Abogados, ni los Procuradores, que de la administración de Justicia viven, contribuyen a su sostenimiento.

En vez del tributo judicial, y para enjuagar, por lo menos en gran parte, el aumento de gastos que los nuevos sueldos supondría, podría crearse un impuesto especial de un tanto por ciento sobre las respectivas minutas.

\* \* \*

Igualmente mostramos nuestra disconformidad con que el Tri-

bunal Supremo no forme parte de la carrera judicial. Por el contrario, estimamos que, para el mayor prestigio de ésta, debe ser la cima de ella, sin perjuicio de que se le injerten elementos extraños.

En nuestra opinión, debieran reservarse dos plazas para ser cubiertas por la Magistratura por orden riguroso de antigüedad ; otras dos para la elección entre los funcionarios judiciales de cualquier categoría que lleven más de veinte años de servicios efectivos, mediante votación por todos los que constituyan la escala ; una para oposición restringida entre individuos de la carrera, sin sujeción a categoría determinada ni número de años de servicios ; otra para Catedráticos de la Facultad de Derecho que lleven, por lo menos, quince años explicando cátedra, mediante votación realizada por los claustros de profesores de dicha Facultad en todas las Universidades ; otra para Abogados del Estado con igual número de años de servicio, por elección de su Cuerpo ; otra para Registradores de la Propiedad, en las mismas condiciones, y otra, por concurso, entre Abogados en ejercicio y que lleven veinte años o más en él, mediante propuesta del respectivo Colegio y con informe favorable de los Tribunales ante los que hayan actuado. Como no creemos que el pago de la cuota máxima determine mayor competencia, debería prescindirse de considerar la clase de ella.

El Presidente del Supremo debe ser elegido por éste de entre sus componentes.

\* \* \*

No nos convencen las razones que el autor da para preconizar que el ejercicio de la Abogacía debe ser incompatible con todo empleo público, excepto el Magisterio del Derecho. La de que «cuando hace falta hallar la entereza del Foro, prevalece la pusilanimidad de unos bonísimos burócratas, asustados ante la idea de desagrilar a sus jefes», nos parece muy poco consistente.

¿Qué razón hay para que Notarios y Registradores, por ejemplo, no puedan ejercer la Abogacía ? ¿No ejercen funciones jurídicas que los especializan en una rama del Derecho, muy debatida ante los Tribunales, y que, por desgracia, desconocen casi en absoluto la mayoría de los Abogados, *que no tienen empleo público* ? ¿Cuál otra existe para que el Catedrático de Medicina no pueda ejercer como Abogado ? ¿El temor de *desagradar al jefe* ? ¡Es el

mismo que el del Catedrático de Derecho ! ; Y el Ingeniero de Obras públicas ? ; Y el Abogado del Estado ?

Las incompatibilidades para el ejercicio de la Abogacía no pueden establecerse en términos generales y absolutos. Es a la inversa : es la ley orgánica de cada Cuerpo la que ha de determinar la incompatibilidad *de la función* con el ejercicio de la Abogacía.

Echamos de menos en esta parte de la obra algo que estimamos muy importante y que nos extraña que un innovador como el señor Ossorio no haya afrontado. Nos referimos a la manera de ser retribuido el trabajo del Letrado.

Siempre hemos creído que este debiera estar sujeto a un arancel, como lo están los Arquitectos en muchos extremos, y como debieran estarlo igualmente los Médicos, etc.

En las contiendas judiciales, sobre todo, el arancel debe existir. Bien meditado, reproductivo para el trabajo, pero no abusivo. Apuntamos la idea ; quizás en otra ocasión la desarrollemos.

\* \* \*

Y como esto se va haciendo demasiado largo y aún hemos de ocuparnos—siquiera brevemente—de la segunda parte, vamos a terminar, prescindiendo de algún otro reparo, mas no sin hacer constar antes que siempre hemos considerado un absurdo determinar la competencia de los Juzgados municipales por razón de la cuantía del asunto y no en consideración a la naturaleza del mismo. Para nosotros, los Juzgados de dicha clase no deben conocer de ningún asunto de derecho, siquiera su cuantía sea insignificante, y en cambio deben hacerlo de todas las cuestiones de mero hecho en las que no haya que hacer declaración alguna jurídica, y cualquiera que sea su cuantía.

\* \* \*

Juzgamos muy acertada la idea de las jurisdicciones autónomas, y no tenemos otro reparo que oponer que el que para presidirlas debe bastar con un Licenciado o Doctor en Derecho, sin necesidad de inmiscuir en ellas a los Jueces y Magistrados, pues su intervención sólo sería admisible en el caso de estar excedentes o jubiladas, pero no mientras estén en activo.

En las cuestiones estrictamente jurídicas creemos que no debe acudirse, desde luego, al Supremo. Sería más conveniente que se plantearan ante el Juez del partido, quien las resolvería, y en caso de duda las elevaría al Presidente de la territorial, y si la duda subsistiese en éste, las elevaría al Supremo. En todo caso sería indispensable informe razonado del que dudase. La resolución del Juez, sin consulta, daría derecho a cualquiera de las partes para elevarla a la Audiencia, y en el caso de que la resolución de ésta fuera contraria a la de aquél, pasaría al Supremo. Siendo ambas conformes, no.

Si los juicios de mayor cuantía son los que pasen de 25.000 pesetas, y los de menor los que no llegan a esa cifra, el límite de los verbales debe ser 5.000. Estos se tramitarían también ante los Juzgados de primera instancia. Ante estos mismos deben tramitarse toda clase de juicios, con apelación para ante la Audiencia territorial, *únicamente* y con recurso de casación tan sólo para los de mayor cuantía.

En los medios de prueba, para lo civil, dejaríamos reducida la de testigos (que ya sabemos lo que significa) a los casos estrictamente precisos, en que no hubiera posibilidad de valerse de otro medio más veraz.

Los recursos de ilegalidad e inconstitucionalidad, deben poderse promover también, por los particulares, a quienes en un caso concreto afecten y por los funcionarios públicos que en el ejercicio de su cargo tengan que hacer aplicación del Reglamento o Ley que puedan adolecer de aquel vicio, pero sin necesidad de depositar fianza.

JOAQUÍN NAVARRO Y CARBONELL.

# Formas y ritos matrimoniales <sup>(a)</sup>

## III

### CONSENSUS FACIT NUPTIAS

El más somero examen de las formas y ritos nupciales empleados por la Europa cristiana al terminarse la primera mitad de la Edad Media pone de relieve tres elementos o factores, mal fundidos en una doctrina naciente sobre los requisitos indispensables para que exista el matrimonio; consentimiento de los ascendientes padres, guardadores y propícuos, que concluye por desvanecerse ante la voluntad de los contrayentes; cohabitación conyugal que cierra y perfecciona las manifestaciones, ceremonias y solemnidades creadoras del vínculo, y publicidad o publicación del matrimonio que, por una parte, garantice la capacidad de los contrayentes, para celebrar el acto sacramental y, de otra, corte los abusos y evite los escándalos de las situaciones ambiguas o de los estados mal definidos.

La Iglesia, que había empezado por robustecer la igualdad de varón y mujer, favorecer la vida conyugal (1) y prohibir la imposición del matrimonio a las viudas y vírgenes sin su voluntad (2), debía centrar la fuerza del vínculo sobre el consentimiento de los contrayentes libremente manifestado. En tal sentido la empujaban los precedentes del Derecho romano, que, por boca de Ulpiano (D. 35-1-de cond. 15), declaraba *nuptias non concubitus, sed consensus facit*, el valor concedido al *afecto matrimonial* como elemento ético y la demasiada repugnancia que inspiraba la cópula carnal a los virtuosos doctores para elevar sobre ella la construcción doctrinal.

Aun después de haber estatuido Carlomagno el régimen de bendición nupcial como obligatorio, el Papa Nicolás I, en una epís-

(a) Véase el número anterior

(1) Conc. Bracareuse I, c. 11; Conc. Gaugreuse, I. 1-4, 10 y 17.

(2) III Conc. Tol., canon 10.

tola dirigida a los búlgaros (al comenzar la segunda mitad del siglo IX) reconoce que no es un pecado omitir las ceremonias religiosas (*Peccatum autem esse... non dicimus*), porque basta con el consentimiento de los contrayentes (*solus eorum consensus de quorum conjunctionibus agitur*) y si éste faltase, hasta la misma unión carnal sería insuficiente, según el testimonio del gran doctor San Juan Crisóstomo, que afirmó *Matrimonium non facit coitus sed voluntas*. Del mismo modo, Adriano II ordena sean mantenidos los vínculos contraídos sin la presencia del sacerdote (*sacerdos absens*). Jonás de Orleáns condena la perniciosa costumbre de celebrar matrimonio sin recibir las bendiciones de la Iglesia, e Hincmaro de Reims, bajo la presión de una célebre carta del Papa León a Rústico de Narbona sobre las segundas nupcias, así como impulsado por la opinión de San Ambrosio respecto de los matrimonios ante testigos, se decide a reconocer la validez del consentimiento cambiado sin bendición nupcial. En honor de la verdad, ésta parece añadir algo casi substancial al acuerdo: la legítimamente desposada (*legitime desponsata*) se eleva al rango de mujer de bendición (*sacerdotali benedictione conjucta*), pero las consecuencias jurídicas no afectan a la energía e indisolubilidad del vínculo.

\* \* \*

La importancia del elemento material o fisiológico se puso, sin embargo, de relieve cuando Graciano intentó concordar los cánones discordantes y del mismo modo que en el derecho inmobiliario la venta doble fué la piedra de toque para comprobar el valor constitutivo de las teorías que exigían la tradición o la investidura, en el matrimonial ha girado la discusión alrededor de los segundos desposorios de la mujer en vida de su primer esposo. Fácilmente se prueba, dice el ilustre monje, con la definición del matrimonio y por la autoridad de muchos, que si hubo consentimiento (1) entre los desposados, éstos son verdaderos cónyuges. Y cita desde luego a San Isidoro (*consensus facit matrimonio*) y a San Juan Crisóstomo, para continuar con la epístola del Papa Nicolás a los búlgaros, con una refundición de textos de San Agustín, to-

(1) *Qui est efficiens causa matrimonii.* Segunda parte, causa XXVII, quoestio II.

mados del tratado sobre la virginidad (1), un pasaje de San Ambrosio en el que se afirma que no es la desfloración, sino el pacto lo que constituye el matrimonio, un texto de las *Etimologías* de San Isidoro en que se hace derivar la palabra cónyuges de la fe prometida, aunque faltare *inter eos conjugalis concubitus* y otro de San Agustín, de igual contenido (2). Pero en el canon XVI inserta, atribuyéndoselo a este último, una declaración que niega la calificación de mujer casada a aquélla con quien no ha habido *commixtio sexus* y en el siguiente inserta un trozo (profundamente alterado) de la carta del Papa León a Rústico, a cuyo tenor no hay unión sacramental *praeter commixtione sexus* (3). En fin, en el capítulo XVIII se inserta como *palea una decretal apócrifa del Papa Benedicto*, que no admite la posibilidad de que los casados sean *unam carnem*, cuando falta la cópula carnal. En estos últimos textos aflora una poderosa corriente medieval (4) que encuentra en Hincmaro de Reims clara expresión: las nupcias no contienen el sacramento de Cristo y de su Iglesia, según dice San Agustín, si no hay cohabitación conyugal (*si senuptialiter non utuntur*), esto es, si no las acompaña la unión sexual. A la misma tesis se inclina Graciano, después de agotar la argumentación, como si en el acto de la consumación radicase la esencia de las nupcias y la transformación de la desposada en casada: *in coitu dicuntur nubere viro vel nuplias celebrare* (5).

Precisamente al comentar un canon toledano, que no se encuentra en nuestras colecciones y que prevé la posibilidad del matrimonio entre una esposa raptada y el tercero raptor, indica que el casamiento *conjugium* se inicia por los desposorios (*despossessione*) y se perfecciona por la comisión sexual, de suerte que entre los esposos existe matrimonio, pero iniciado, y entre los ya unidos carnalmente (*copulatos*) hay matrimonio rato (6).

(1) Ibid., c. 1-3.

(2) C. 5, 6 y 9.

(3) El texto auténtico carece de la negación y se refiere a la diferencia entre esposa y concubina.

(4) Freisen en su «Historia del Derecho matrimonial canónico» asegura que ésta era la doctrina profesada por la mayor parte de los Padres (Esmein, op. cit. 104, nota (1) de Genestal.)

(5) Ibid., c. 45. *Dictum.*

(6) *Dictum ad c. XXXIV.*

Volvemos a encontrar aquí los matices que separan a la investidura germánica de la obligación romana: los desposorios no engendran, como los esponsales, una mera obligación de contraer matrimonio, son una verdadera expectativa jurídica. Pero, por otra parte, tampoco pueden confundirse con el matrimonio indisoluble; los esposos, *futuros cónyuges*, sólo quedan casados si media la cópula o si la unión ha sido bendita por un sacerdote. Esta última ceremonia no constituye, según Graciano, un requisito esencial para la validez del matrimonio, sino que más bien simboliza la entrega de la mujer al marido en ejecución del pacto conyugal. La escuela de Bolonia al aproximar el matrimonio a la venta, que se perfecciona por el consentimiento y se consuma con la tradición, conservaba a los desposorios su categoría de unión conyugal, es cierto; pero los declaraba disolubles por muchas causas a la cabeza de las cuales figuraban los esponsales subsiguientes confirmados por la cópula carnal.

\* \* \*

Así desenvuelta la doctrina no podía satisfacer a los teólogos que veían calificado de imperfección el matrimonio de la Virgen María con San José, ni a los canonistas que la encontraban confusa y contradictoria, ni a los juristas, que en vano se afanaban por buscar formas que dejases al matrimonio de soberanos y nobles, cuando la consumación sólo pudiera llevarse a cabo de un modo simbólico, resguardado de toda veleidad y contingencia, ni al mismo pueblo apegado a sus costumbres y tradiciones.

Hasta San Agustín (1) se trató de remontar una construcción llamada a grandes destinos: aludimos a la distinción entre el compromiso obligatorio (*fides pactionis*) que engendra el deber de casarse y la dación del consentimiento (*fides consensus*), que engendra el estado matrimonial, y, según *Pancapalea* (2), existe no sólo cuando hay unión de las diestras con juramento, sino siem-

(1) La qu. 2.<sup>a</sup> de la citada causa, en el Decreto de Graciano, contiene un canon final atribuido al obispo de Hippona, que no se ha encontrado en sus obras.

(2) Sabido es que los cánones del Decreto que llevan la palabra *palea* son atribuidos por algunos autores a un discípulo de Graciano, llamado Pancapalea.

pre que se consiente con el corazón y la palabra, entregándose y recibiéndose juntamente los contrayentes.

A principios del siglo XII los teólogos franceses Anselmo de Lión y Guillermo de Champeaux, insisten sobre la distinción entre la promesa y el asentimiento; más tarde, Hugo de S. Víctor opone al *magnum sacramentum*, unión de Cristo y de la Iglesia simbolizada por el matrimonio consumado, el *majus sacramentum*, unión de Dios y del alma simbolizada por el matrimonio consensual, y, por último, Pedro Lombardo, en sus célebres Sentencias, terminadas al mediar el mismo siglo, afirma que el consentimiento es la causa del matrimonio cuando se expresa por palabras y no se refiere a lo futuro, sino al presente (1). En uno de los citados ensayos, Brandileone (2) señala como la causa ocasional del florecimiento de esta teoría, no el empeño de concordar cánones discordantes, sino la importante posición adquirida por la mujer en el contrato matrimonial. En la práctica, se llegaba al matrimonio por medio de dos recíprocas declaraciones: la primera, entre el esposo y el padre o guardador de la esposa; la segunda, directamente entre los novios, y los Escolásticos, queriendo atribuir al consentimiento la energía necesaria para hacer sacramental e indisoluble la unión, sintieron la necesidad de establecer netamente a cuál de las dos correspondía tal virtud. El Derecho romano había hablado de *nudus consensus*, sin aludir a su manifestación, aquéllos agregan que ha de ser expresado por palabras; es más, los romanos distinguían el consentimiento dirigido al futuro del consentimiento dirigido al presente y la escuela estudia los acuerdos *per verba de futuro y de praesenti*. Sin negar el valor de tales precedentes, la influencia de las costumbres germánicas y la irresistible atracción de las palabras en todo momento sacramental, nos atrevemos a llamar la atención sobre la necesidad jurídica de separar la obligación de disponer del mismo acto dispositivo. Entre el deber y el ser media una enorme distancia conceptual y en el derecho inmobiliario moderno distinguimos con claridad, a pesar de las confusiones tecnológicas de la ley Hipotecaria, la obligación de transferir, del consentimiento de transferencia. Cuando

(1) Sent. lib. IV, D. XXVII, cap. III. Si, pues, se dijere: «te recibiré como marido (añade) y yo a ti por esposa», este consentimiento no es eficaz.

(2) Loc. cit., pág. 368.

estos momentos psicológicos coinciden y se cubren, por ser capaces los contrayentes, referirse al tiempo presente y no haber un obstáculo que cierre el pacto desde la voluntad al acto específico, la distinción parece desvanecerse, porque, quién se compromete a cumplir determinada prestación, que precisamente depende de su querer, otorga a la palabra dada toda la potencialidad necesaria para producir el efecto. Pero que no haya esta perfecta adecuación de circunstancias, y entonces el derecho habrá de optar por desenvolver el primer acto en el campo de las obligaciones y el segundo en su esfera propia, o por escindir el negocio jurídico en dos momentos íntimamente ligados por la energía trascendente de la declaración inicial. Aceptada la primer solución por el maestro de las sentencias, era natural la división en esponsales *per verba de futuro* y con efectos restringidos (1) y esponsales *per verba de praesenti*, que crean el vínculo conyugal, sin necesidad de *cópula carnalis* ni de las ceremonias adecuadas al decoro y solemnidad del sacramento, como la bendición del sacerdote.

La Santa Sede, que ya a principios del mismo siglo XII había distinguido en una decretal de Inocencio II entre lo que para el futuro se promete y lo que de presente se confirma (*non enim futurum promittebatur sed praesens firmabatur*) resuelve con Alejandro III el problema de la *esposa de dos*, dando valor constitutivo al consentimiento de presente formulado, con juramento o sin él, de este modo: «Te recibo por mía, y yo te recibo por mío», aunque bajo el supuesto de haberse observado las solemnidades corrientes. Este último requisito se declara innecesario en otra decisión relativa a un caso en que ni estaba presente el sacerdote ni se había observado ninguna solemnidad de las acostumbradas en la Iglesia anglicana, ni había mediado cópula carnal y en que sólo constaba que el varón y la mujer se habían recibido por consentimiento de presente.

Ante la resistencia de Módena y otras ciudades italianas a deschar la doctrina que confería a la cópula un valor decisivo, hubo de llamarlas Inocencio III a la humildad y a la obediencia (año 1200).

\* \* \*

(1) Como verdadero pacto de contraer *pollicitatio contrahendi matrimonium* que cede ante las nupcias contraídas *de praesenti*.

Haya o no nacido la teoría en la Iglesia francesa (1) y signifique o no una derrota de la ultramontana, se propagó tan rápidamente que medio siglo más tarde nuestras Partidas (2) la desenvuelven con minuciosidad, y en principio, resuelven el problema planteado, «si dos omes se desposassen con una mujer o un ome con dos mujeres», a favor del «desposorio que es fecho por palabras de presente» (3). Sólo que, a renglón seguido, admiten en el último supuesto una notable excepción derivada de la doctrina de Graciano: «fueras ende si se ayuntase carnalmente a la primera con quien era desposado por palabras de futuro, antes que desposase con la otra por palabras de presente». La posición ecléctica de nuestro inmortal Código se traslucen en la tecnología de matrimonio *imicitatum ratum, consumatum* («que ha comienzo e afirmanza e acabamiento»), correspondientes a los conceptos de ambas tendencias y, sobre todo, en las afirmaciones de que «han comienzo los casamientos en los desposorios que son fechos por palabras de futuro o de presente, consintiendo derechamente el uno en el otro, aquellos que se desposasen» «e recibe el matrimonio firmendum e acabamiento quando el marido e la mujer se ayuntan casualmente».

Hecha tal equiparación (4) por el Rey Sabio, es natural que no circunscribiera la disolución por ingresar en orden religiosa, a los espousales de futuro, como lo sostenía Pedro Lombardo, y, en efecto, la aludida Ley 5.<sup>a</sup>, después de afirmar que los desposados por palabras de presente *non se pueden departir*, dice: «fueras ende en una manera, si alguno de ellos entrasse en orden de religión, ante que se ayuntasen carnalmente».

Este precepto, que había sido enseñado por Bernardo de Pavía, tras algunas vacilaciones, quedó sancionado por los decretales de Alejandro III y abrió la puerta a una nueva causa de disolución del matrimonio no consumado, que no fué recogida en las Partidas. Algunos canonistas (Alano, Vicente Hispano, Bernardo de Pavía, etc.), habían sostenido que la indivisibilidad de los

(1) V. Esmein, op. cit., pág. 137 y Brandileone, loc. cit.

(2) L. 2.<sup>a</sup> y sig. del título I, Past. 4.<sup>a</sup>.

(3) L. 9.<sup>a</sup> h. t., que se refiere primero a la esposa de dos varones y luego al que se desposase con dos mujeres.

(4) L. IV y V, tit. 10 de la pág. 4.<sup>a</sup>.

esponsales de presente había venido del derecho eclesiástico, no del divino, y que, como el Papa se hallaba sobre el derecho positivo, podía disolverlos con causa o sin ella, a petición de los esposos. Desechado este razonamiento por la consideración de ser el matrimonio anterior a la Iglesia, se defendió, sin embargo, la regla sobre la base de que la *ratificación* procede de la constitución eclesiástica, como lo prueba el que entre los infieles el matrimonio no es rato y en esta materia el Sumo Pontífice puede dispensar. Ahora bien: en las Partidas encontramos este razonamiento (1), pero no el precepto, que han tenido que suplir los comentaristas.

Aunque en un principio la teoría llegaba a exigir que se pronunciasen las palabras de *presente* para que hubiese matrimonio y Santo Tomás concedía el mismo valor a tal expresión que a la ablución en el sacramento del bautismo, se concluyó por admitir en supuestos excepcionales la manifestación escrita, el movimiento de cabeza, los signos de asentimiento. En particular no se consagraron como sacramentales ciertas palabras y de aquí las dudas suscitadas por las fórmulas empleadas. Ya en las *Petri excepciones* (IV-44) se consigna un ejemplo de matiz apenas perceptible para nosotros; si se jura: «te tomaré por mujer» (*ducam te uxorem*), no hay matrimonio todavía; pero si se dice: «te tendré por mujer» (*habebo te uxorem*), queda constituido el vínculo. El pueblo seguía empleando giros y frases que eran corrientes en los desposorios, y resultaban inadecuados para las nupcias. Por otra parte, se exige la pronunciación hasta en los matrimonios por nuncio o apoderado.

Todavía se agravó el problema cuando los canonistas, arrastrados por la *consensualidad* del matrimonio, hubieron de admitir en su constitución la técnica de las condiciones, creando un estado intermedio que si, de un lado, acercaba el matrimonio condicional a los esponsales de futuro, de otro lo transformaba, según muchos autores, en verdadero matrimonio una vez cumplida la condición o intervenida la cópula, sin necesidad de nuevo consentimiento.

La doctrina (más que la práctica, como veremos) se había deslizado por una peligrosa pendiente en donde el consentimiento,

(1) L. 4<sup>a</sup>, tít. X de la pág. 4<sup>a</sup>.

sin características formales, concluía por perder su significado. Se comprende los rudos ataques de Erasmo y de los protestantes contra el Derecho canónico matrimonial.

Pero todavía mayores que los inconvenientes suscitados por la doctrina del consentimiento, eran los problemas planteados por la falta de publicidad del mismo matrimonio que pasamos a exponer.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(Se continuará.)

## BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

**Capital: 50.000.000 de pesetas**

**Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid**

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximum 10.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

**Corresponsales en las principales ciudades del mundo**  
**Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa**

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

|                 |       |         |
|-----------------|-------|---------|
| Un mes.....     | 3     | por 100 |
| Tres meses..... | 3 1/2 | por 100 |
| Seis meses..... | 4     | por 100 |
| Un año .....    | 4 1/2 | por 100 |

**El Banco Español de Crédito** pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de CAJAS DE ALQUILER con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.

# Demarcación notarial

## EXPOSICION

SEÑOR: En el artículo 3.<sup>º</sup> de la ley Orgánica del Notariado, de 28 de Mayo de 1862, están clara y admirablemente indicadas las bases en que debe fundarse la demarcación notarial, reducidas sintéticamente a la población, la frecuencia y facilidad de las transacciones, las circunstancias de localidad y la decorosa subsistencia de los Notarios; y el artículo 4.<sup>º</sup> fija las autoridades y corporaciones que han de ser oídas antes de que una demarcación vigente pueda ser modificada, ordenando el artículo 1.<sup>º</sup> del Reglamento sobre organización y régimen del Notariado, de 7 de Noviembre de 1921, que la demarcación notarial sólo pueda ser modificada en su totalidad, y nunca sin que hayan transcurrido, cuando menos, ocho años desde que hubiera empezado a regir.

De 29 de Julio de 1915 data la demarcación notarial vigente, y es notorio que desde aquella fecha las circunstancias antes enumeradas han sufrido en muchas poblaciones y comarcas alteraciones tan importantes que se impone una nueva demarcación. Ello releva de juzgar si en la demarcación actual se tuvieron en cuenta armónicamente todos los factores que enumera el citado artículo 1.<sup>º</sup> de la ley Orgánica de 1862, o si se atendió preferentemente a alguno de ellos. Basta afirmar que la necesidad de una nueva demarcación notarial es unánimemente reconocida; porque la actual está en desacuerdo con las bases aludidas, no sólo por su antigüedad, sino porque la población de España ha aumentado considerablemente, porque se ha acentuado visiblemente la concentración urbana, porque la mayor facilidad en las comunicaciones induce, aun a los

campesinos, a utilizar al Notario de las ciudades, porque los pequeños propietarios—aunque con tendencia equivocada—rehuyen, por motivos fiscales o de otros órdenes, el otorgamiento de escrituras públicas, y porque el aumento de negocios y la índole de éstos, según los rumbos de la vida moderna, requiere diariamente constitución de nuevas sociedades y modificación de las ya creadas en términos insospechados hace algunos años.

Así, ya en 13 de Enero de 1923 se acordó iniciar los trabajos para una nueva demarcación notarial, fijándose el término de seis meses para la información que, necesariamente, tenía que recibir la Dirección general de los Registros y del Notariado; pero al advenimiento del Directorio Militar, en razón a la relación íntima de esta materia con otras sometidas a estudio del Gobierno, se acordó, por Real orden de 3 de Octubre del mismo año, suspender los trabajos para la nueva demarcación notarial, y en suspenso quedaron hasta que, terminados aquellos estudios, con las reformas consiguientes, algunas de resultados tan excelentes como las introducidas en la administración municipal y en la provincial, y constituido el actual Gobierno, creyó el Ministro que suscribe, en posesión ya de datos concretos útiles para una labor eficaz, que era conveniente reanudar los trabajos, tanto más cuanto que cada día se acentuaban más las consecuencias de una demarcación viciosa.

Fué copiosa la información recibida de profesionales, autoridades y corporaciones, y se oyó con toda la amplitud deseable a cuantos ciudadanos y cuantas entidades tuvieron a bien formular alguna observación, tanto en cuanto a las necesidades del servicio público como a la decorosa subsistencia de los Notarios, a la importancia de la contratación, a los aumentos o disminuciones de vecindario, a las circunstancias locales, a la situación geográfica de los puntos de residencia fijados para los fedatarios y a la frecuencia y facilidad de comunicaciones entre ellos y los demás pueblos de cada distrito.

No pudo ser recibida la información tan rápidamente como lo apremiante de la reforma hacia desear; pero fué examinada por la Dirección del Ramo con cuanto cuidado y cuanta minuciosidad aconseja el fomento de la fe pública, y el informe que redactó ha sido base principal aceptada por el Ministro que tiene el honor

de dirigirse a V. M. Eran ya para el Ministro aquél estudio y la pericia de los funcionarios que lo realizaron garantía de acierto, y de que no se equivocó al estimarlo así, ha venido a ser testimonio autorizado el Consejo de Estado, que, en un dictamen también muy meditado y convincente, aceptó la orientación de la Dirección, discrepando del informe de ésta solamente en detalles que no afectan a nada esencial de una obra que ofrece al estudio variadas facetas.

Con no menor cuidado—más obligado a él por la responsabilidad que contrae al proponer, primero al Gobierno y después a Vuestra Majestad, la resolución que ha de dictarse—, con imparcialidad absoluta y libre de todo apasionamiento a que la defensa —justificada a veces y siempre explicable—de intereses locales pudiera conducir, y sacrificando, desde luego, todo interés particular al interés público, estudió el Ministro que suscribe el dictamen del Consejo de Estado, y aceptándolo, salvo en lo relativo a muy contadas supresiones o creaciones de Notarías que, por circunstancias diversas, no encuentra del todo justificadas, pudo poner término a la obra de la nueva demarcación, que, tras de la aprobación del Gobierno, tiene hoy el honor de someter a la sanción de Vuestra Majestad.

En la nueva demarcación que se propone, se reduce el número de Notarías rurales, suprimiendo las que, sobre ser incóngruas, son notoriamente inútiles; se aumentan las Notarías urbanas, principalmente en las grandes poblaciones, donde, no siempre fundamentalmente, había sido reducido el número de Notarios, a pesar de aumentar el de documentos otorgados, el de folios autorizados y el vecindario y los negocios determinantes de instrumentos públicos; y, en este orden, se tiende a la desaparición de Notarías fomentadas por la demarcación vigente, que, por el número de instrumentos autorizados, evidencian la imposibilidad material del necesario estudio por el autorizante, por muy probada que sea su capacidad, evitando la actuación de pasantes y zurupetos bajo la fe de Notarios firmantes, casos que, sean muchos o pocos, son de innegable realidad y tienen los gobernantes el deber de extirpar, en beneficio del público y en prestigio del Notariado.

La extensión que alcanzan las modificaciones introducidas en la demarcación notarial, y especialmente el aumento de Notarías

en las grandes poblaciones, impone en la disposición legal, aprobadolas, algunos preceptos fijando normas para el tránsito de una a otra demarcación, sin perjuicios y con las mayores ventajas posibles para el público y para los actuales Notarios, orientando el régimen del Notariado en un sentido que, sin privar a los funcionarios que verdaderamente se distingan de lograr las Notarías de mayor rendimiento, mediante sucesivas pruebas de oposición, no cree obstáculos como los ofrecidos ahora al ascenso de los que acreditan su competencia y dignidad en años de dilatados servicios, pero que más tímidos, más ocupados o más necesitados, no pueden dedicar el tiempo a los trabajos preparatorios de una nueva oposición, y procurando al mismo tiempo que en el Notariado, como en las demás carreras del Estado, cese el ingreso por las categorías superiores, debido más de una vez a diferencias de centésimas en la calificación de los ejercicios, lo cual, como queda dicho, no ha de dificultar que, una vez ingresados en el Notariado, logren los ascensos merecidos quienes en su ejercicio descuellen.

A los fines indicados y a que las Notarías suprimidas sean efectivamente amortizadas, las actualmente vacantes sean cubiertas conforme a las normas ahora vigentes, y a que las de nueva creación sean provistas oportunamente, implantándose de hecho la nueva demarcación sin quebranto para nadie y con beneficio para cuantos sea posible, y desde luego para el servicio público, tienden la celebración de un concurso extraordinario entre excedentes por razón de la nueva demarcación y otras disposiciones complementarias, regulando los turnos de provisión y especialmente los de oposición, según la categoría de las Notarías vacantes o que hayan de vacar. Así, los aumentos de Notarías de primera y segunda clase beneficiarán por el momento exclusivamente a los actuales Notarios, sin privar de ninguna de sus esperanzas a cuantos aspiren a obtener las Notarías ahora vacantes; y, para lo porvenir, existirá en la organización del Notariado mayor equidad por la igualdad en el ingreso, subsistiendo y aun aumentando los medios de seleccionar el personal que sirva las Notarías de mayor importancia. Además, podrán cubrirse con nuevos funcionarios todas las vacantes de Notarías turnadas a oposición en los respectivos territorios, que, con arreglo a los preceptos vigentes, tienen que esperar años y años sin llegar a proveerse, y una vez

que esto se logre, habrá lugar a las reformas reglamentarias conducentes a que no pueda volver a repetirse el caso de vacantes por tiempo indefinido.

Por las consideraciones expuestas, el Ministro que suscribe, de conformidad con lo acordado por el Consejo de Ministros, tiene el honor de someter a la sanción de Vuestra Majestad el adjunto proyecto de Decreto.

Santander, 21 de Agosto de 1929.—SEÑOR: A los Reales pies de Vuestra Majestad, *Galo Ponte Escartín.*

## REAL DECRETO

*Número 1.907*

A propuesta del Ministro de Justicia y Culto, oída la Comisión permanente del Consejo de Estado y de acuerdo con mi Consejo de Ministros,

Vengo en decretar lo siguiente:

Artículo 1.º Se aprueban y regirán desde su publicación las adjuntas demarcación y clasificación notariales, reformadas a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.º y 8.º del vigente Reglamento sobre organización y régimen del Notariado y disposiciones complementarias.

Artículo 2.º Los artículos 4.º, 13, 20, 59 y 70 del citado Reglamento quedan redactados en la siguiente forma:

«Artículo 4.º Las Notarías que fueren creadas en una demarcación notarial se anunciarán en concurso extraordinario por término de treinta días, para ser provistas exclusivamente entre Notarios excedentes de la misma. Estos sólo pueden obtener las vacantes anunciadas que sean de su misma categoría; pero los excedentes de Notarías de primera que no sean de capital de provincia ni población superior a 50.000 habitantes, sólo podrán ser nombrados para las Notarías de primera que no sean de capitales de Colegio. Las vacantes incluidas en este concurso extraordinario, que no sean provistas en el mismo, se asignarán a los turnos ordinarios, entendiéndose que las que corresponden al turno cuarto, si son de primera o de segunda clase, serán provistas exclusiva-

mente por oposición directa entre Notarios en ejercicio y excedentes.»

«Artículo 13. Las Notarías vacantes se proveerán con sujeción a las siguientes reglas: A) Las de primera y segunda clase, en los turnos: Primero, de antigüedad en la carrera. Segundo, de antigüedad en la clase. Tercero, de ascenso. Cuarto, de oposición directa entre Notarios. De cada cuatro vacantes de primera o de segunda corresponderá una a cada uno de los turnos establecidos. Además, serán provistas por oposición entre Notarios las Notarías vacantes de primera o de segunda clase que, habiendo sido anunciadas reglamentariamente para su provisión por concurso, resultaren desiertas. B) Las Notarías de tercera clase se proveerán por antigüedad en la carrera entre Notarios en ejercicio. Aquéllas cuya provisión se declare desierta se anunciarán a oposición directa y libre. C) Cuando, por virtud de demarcación notarial, hayan de suprimirse Notarías y éstas no quedaran todas amortizadas por pase de sus titulares a las de nueva creación, se establecerá un turno especial para los Notarios que las desempeñen, destinándose al mismo en las categorías de primera y segunda una vacante de cada cinco de la clase y una de cada dos en las de tercera categoría. Las Notarías de primera y segunda a que se refiere el párrafo anterior, que resulten desiertas, se anunciarán al turno que corresponda de los establecidos en la regla A), y las de tercera se proveerán por antigüedad en la carrera, y en su defecto, por oposición directa y libre.»

«Artículo 20. El turno especial a que se refiere la regla C) del artículo 13, para excedentes de demarcación, no será aplicado a cada una de las clases cuando deje de proveerse alguna de las Notarías de la categoría respectiva anunciadas en el concurso extraordinario que regula el artículo 4.º, bien por falta de solicitantes o por no reunir éstos los requisitos legales, y quedará extinguido en cada clase cuando, anunciadas Notarías en dicho turno, no sean provistas todas las de la misma categoría por alguna de las causas anteriormente expresadas, quedando únicamente en vigor los turnos ordinarios para las provisiones sucesivas.»

«Artículo 59. El Tribunal censor de las oposiciones se constituirá de la siguiente manera: Presidente, el Director general de los Registros y del Notariado; Vicepresidente, un Decano del Co-

legio Notarial. Vocales: dos que pertenezcan a una de estas categorías: Magistrados del Tribunal Supremo o Audiencia Territorial de Madrid; Catedráticos de la Universidad Central; individuos de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas o miembros de la Comisión general de Codificación. Dos Notarios de primera clase que hubieren ingresado por oposición en la carrera y pertenezcan a Colegios distintos y tampoco pertenezcan al del Decano que actúe, debiendo uno de ellos precisamente ser de Colegio donde subsista derecho foral. Un Jefe de Sección o de Negociado del Cuerpo técnico de Letrados del Ministerio de Justicia y Culto, ingresado por oposición en el citado Cuerpo y adscrito a la Dirección general de los Registros y del Notariado, quien desempeñará las funciones de Secretario. El nombramiento de este Tribunal se hará por Real orden, a propuesta de la Dirección general, debiendo publicarse al hacer la convocatoria de las oposiciones. Al propio tiempo, la Dirección citará para la constitución del Tribunal, que debe tener lugar en los ocho días siguientes al de la fecha de su nombramiento. Dentro de los treinta días siguientes al de su constitución, procederá el Tribunal a la redacción o revisión del cuestionario a que se refiere el artículo 64. Para este supuesto, bastará la asistencia de los Vocales que residan en Madrid, pudiendo los de fuera remitir las modificaciones que a su juicio deban introducirse en el programa que haya regido para las oposiciones entre Notarios inmediatamente anteriores, siendo árbitros los Vocales que concurran para resolver en definitiva sobre la redacción de dicho Cuestionario. Aquellas modificaciones deberán remitirse al Presidente del Tribunal dentro del indicado plazo.»

«Artículo 70. En los nombramientos de excedentes de demarcación, tanto en el concurso extraordinario para las vacantes de nueva creación, como en los ordinarios, dentro de cada clase, será preferido en primer término el Notario del mismo distrito; en su defecto, el de la misma provincia; a falta de los anteriores, el del Colegio a que pertenezca la vacante, y, de no haber unos u otros o haber varios del mismo grupo, el de mayor antigüedad en el Escalafón del Cuerpo; pero sin que en ningún caso pueda ascenderse de categoría.»

Artículo 3.º Las vacantes de Notarías que deban ser provistas

por oposición entre Notarios conforme a la nueva demarcación, se agregarán a las que hayan correspondido o correspondan al mismo turno en los concursos ordinarios hasta el día en que termine el último ejercicio y no deban ser amortizadas, anunciándose su provisión por los trámites reglamentarios.

Artículo 4.º Las vacantes de Notarías que hayan correspondido al turno de oposición directa y libre hasta la publicación de este Decreto, se proveerán en Madrid, previo anuncio de la Dirección general, siendo juzgados los ejercicios por un Tribunal constituido conforme a las normas prevenidas para la oposición entre Notarios, a tenor de la reforma establecida en el presente Decreto. A esta convocatoria se agregarán todas las vacantes de Notarías de tercera clase que se produzcan hasta la terminación de los ejercicios y no deban ser amortizadas a tenor de esta demarcación.

Artículo 5.º Por el Ministerio de Justicia y Culto se dictarán las disposiciones necesarias para la ejecución de este Decreto, que regirá desde el día de su publicación en la *Gaceta de Madrid*, quedando derogados cuantos preceptos se opongan al mismo.

Dado en Santander, a 21 de Agosto de 1929.—ALFONSO.—  
El Ministro de Justicia y Culto, *Galo Ponte Escartín*.

# Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

ANOTACIÓN DE EMBARGO A FAVOR DE LA HACIENDA. NO ES DEFECTO QUE LA IMPIDA EL NO EXPRESARSE EL NOMBRE DE LA PERSONA A CUYO FAVOR DEBE HACERSE, POR TENER LA HACIENDA PÚBLICA SUFFICIENTE PERSONALIDAD. TAMPoco LO ES EL DE NO HALLARSE INSCRITA LA FINCA, PORQUE PARA ESTE CASO ESTÁ LA TOMA DE RAZÓN EN EL LIBRO ESPECIAL. FALTA DE FIRMA EN EL MANDAMIENTO. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 124 DEL REGLAMENTO.

*Resolución de 26 de Abril de 1929. (Gaceta de 15 de Agosto de 1929.)*

En el recurso interpuesto por el Abogado del Estado de la provincia de Córdoba contra nota puesta por el Registrador de la Propiedad de Aguilar en mandamiento proveniente de expediente de apremio, denegando la anotación por no expresarse el nombre de la persona a cuyo favor debe hacerse, no aparecer inscrita la finca embargada y no estar firmado el mandamiento, nota confirmada por el Presidente de la Audiencia y la Dirección general, desentendiéndose del contenido del último defecto, falta de firma, por haber reconocido el Abogado del Estado su existencia y no haber apelado, en cuanto a él, del auto presidencial, revoca el auto apelado, acordando como en la de 25 de Marzo último (número 54 de esta REVISTA). Y en cuanto a un cuarto motivo, alegado por el Registrador en su informe, de haber transcurrido el plazo para poder exigir los débitos o descubiertos de que se trataba, se

rechaza de plano en mérito a lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento.

ANOTACIÓN DE EMBARGO A FAVOR DE LA HACIENDA. NO ES DEFECTO QUE LA IMPIDA EL DE NO EXPRESARSE EL NOMBRE DE LA PERSONA A CUYO FAVOR DEBA HACERSE, POR TENER LA HACIENDA PÚBLICA SUFFICIENTE PERSONALIDAD. TAMPOCO LO ES EL DE NO HALLARSE INSCRITA LA FINCA, PORQUE PARA ESTE CASO ESTÁ LA TOMA DE RAZÓN EN EL LIBRO ESPECIAL. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 124 DEL REGLAMENTO A OTROS DOS DEFECTOS ALEGADOS EN EL INFORME.

*Resolución de 29 de Abril de 1929. (Gaceta de 15 de Agosto de 1929.)*

En el recurso interpuesto por el Abogado del Estado de la provincia de Córdoba contra la nota puesta por el Registrador de la Propiedad de Aguilar en mandamiento proveniente de expediente de apremio, denegando la anotación por no expresarse el nombre de la persona a cuyo favor deba hacerse, y no aparecer inscrita la finca embargada, nota confirmada por el Presidente de la Audiencia, la Dirección general acuerda como en la de 25 de Marzo último (número 54 de esta REVISTA). Y en cuanto a otros dos motivos alegados por el Registrador en su informe, falta de firma del mandamiento y haber transcurrido el plazo para poder exigir al deudor los débitos o descubiertos de que se trataba, se rechazan de plano en atención a lo determinado en el artículo 124 del Reglamento.

CERTIFICACIONES DE CARGAS. EN LAS QUE SE EXPIDAN DE LAS SUBSISTENTES SÓLO DEBERÁN CONSIGNARSE LAS EXPRESADAS EN INSCRIPCIÓN ESPECIAL Y SEPARADA A INSTANCIA DE PARTE, O LAS PROVENIENTES DE UNA TRANSMISIÓN INSCRITA POR VIRTUD DE ACTOS POSTERIORES A 31 DE DICIEMBRE DE 1862, Y, QUERIENDO ELUDIR TODA RESPONSABILIDAD, LAS QUE IMPLIQUEN RECONOCIMIENTOS FORMALES INSCRITOS EN EL REGISTRO MODERNO. DEBEN OMITIRSE LAS MENCIONES DE OFICIO POR VIRTUD DE MERAS REFERENCIAS A LA ANTIGUA CONTADURÍA, Y LAS INDICACIONES DE CARGAS INDETERMINADAS Y ARCAICAS

CONTENIDAS EN UNA ESCRITURA, COMO EN ESTE CASO, DE DOTE INESTIMADA.

*Resolución de 3 de Mayo de 1929. (Gaceta de 15 de Agosto de 1929.)*

El Registrador de la Propiedad de Montoro expidió una certificación en la que consignaba que la finca a que se refería se encontraba gravada «con un capital de censo de 27.500 reales de principal en favor de D. Gabriel Carrasco, vecino de Marmolejo, el cual fué reconocido en la escritura de dote inestimada a favor de doña Inés de León Muñoz Cobo, otorgada en la ciudad de Córdoba, el 11 de Mayo de 1863, ante el Notario D. Mariano Barroso, y su primera copia fué inscrita en este Registro».

Los dueños de la finca que se decía gravada presentaron instancia al mismo Registrador, en la cual, fundándose en que, a su juicio, el censo de referencia no había sido objeto de inscripción especial, ni se había trasladado de la antigua Contaduría, sino que se trataba, si acaso, de una mención hecha en la exposición de una escritura de dote que motivó la inscripción primera de dicha finca, pero en la que ni se califica el censo ni se expresan su naturaleza, canon, fecha y demás características, se solicitaba la declaración de caducidad de dicha carga, la cancelación de oficio de la mención que de ella se hace y la expedición de nueva certificación.

El Registrador de la Propiedad denegó la «cancelación de oficio que se solicita en la precedente instancia porque, como resultado de la certificación que se acompaña, el censo en cuestión es una mención de carga que ha de considerarse subsistente, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 508 del Reglamento hipotecario; no pudiendo practicarse su cancelación sino con sujeción a las normas ordinarias que la ley Hipotecaria y su Reglamento establecen».

En el recurso interpuesto por doña Isabel Cervera y Ruano y otros, el Presidente de la Audiencia confirmó en todas sus partes la nota del Registrador, el que, por acuerdo del Centro directivo, remitió certificación, de la que resulta que la finca se hallaba inscrita en la antigua Contaduría de hipotecas, y al extender el pri-

mer asiento del Registro moderno, en 10 de Junio de 1863, se hizo constar que en dicha inscripción y en el documento presentado «aparece esta finca gravada con un capital de censo de 27.500 reales de principal en favor de D. Gabriel Carrasco, vecino de Marmolejo».

La Dirección general, revocando el auto apelado, ordena al Registrador que expida una nueva certificación de cargas de la finca discutida, después de haber extendido la correspondiente cancelación del gravamen mencionado, por las siguientes razones :

Las ventajas que se propuso obtener el legislador en los artículos 401 y siguientes de la ley Hipotecaria de 1909, al declarar la ineficacia de los asientos de las antiguas Contadurías de hipotecas no trasladados al moderno Registro, han sido desvirtuadas, como reconoce la Real orden de 22 de Febrero de 1919, porque el temor a las responsabilidades en que incurre el Registrador que autentica la cancelación de un derecho vigente lleva a conceder plena eficacia y a incluir en las certificaciones, gravámenes y derechos reales que hipotecariamente no deben considerarse subsistentes.

Para cumplir la finalidad legal ha de exigirse en los casos aludidos, mediante una interpretación rigurosa, el cumplimiento de los requisitos de inscripción especial y separada de los gravámenes a instancia de parte, o a la existencia de una transmisión inscrita por virtud de actos posteriores a 31 de Diciembre de 1862, y aun, si se quiere extremar la precaución, puede otorgarse validez a los reconocimientos formales inscritos en el Registro moderno, pero nunca a las menciones hechas de oficio en los asientos de este Registro por virtud de meras referencias a la antigua Contaduría y a las indicaciones de cargas indeterminadas y arcaicas contenidas en la parte expositiva de una escritura de aportación de dote inestimada.

Según aparece de la certificación reclamada para mejor proveer en este expediente, la finca se halla inscrita en la antigua Contaduría de hipotecas, y al extender el primer asiento del Registro moderno el 10 de Junio de 1863, se hizo constar que en dicha inscripción y en el documento presentado «aparece esta finca gravada con capital de censo de 27.500 reales de principal, en favor de don Gabriel Carrasco, vecino de Marmolejo», sin expresarse la clase

del censo, la pensión pagada, la fecha de su constitución, ni ninguna particularidad que permita identificarlo, más que la apuntada.

Tampoco se manifiesta de un modo claro, que el censo haya sido objeto de reconocimiento, porque la frase «aparece esta finca gravada» sólo indica que en la antigua Contaduría y en el documento presentado se incluía la carga del censo en términos que, por caer dentro del párrafo 2.º del artículo 401 de la ley Hipotecaria, no pueden producir efectos contra tercero, si no se ha solicitado la traslación del asiento de censo o se ha verificado su inscripción especial y separadamente, o ha sido objeto de alguna transmisión ya inscrita en el Registro moderno, supuestos todos que faltan en el caso discutido.

PROHIBICIÓN DE DISPONER EN TESTAMENTO. PROCEDE CANCELAR LAS LIMITACIONES IMPUESTAS A MUJERES CASADAS MIENTRAS VIVAN SUS MARIDOS CON LA SANCIÓN, CASO DE INCUMPLIMIENTO, DE PERDER LO HEREDADO, QUE PASARÍA A SER PROPIEDAD DE LOS DEMÁS HEREDEROS, CUANDO ASÍ SE ACUERDE EN SENTENCIA JUDICIAL, DICTADA EN JUICIO ORDINARIO DE MAYOR CUANTÍA PROMOVIDO POR UNOS HEREDEROS CONTRA TODOS LOS DEMÁS NOMBRADOS POR EL TESTADOR, EN LA QUE SE LES DECLARA A SU INSTANCIA, RENUNCIADOS A TODO DERECHO, INCLUSO AL DE ACRECIEMIENTO DE HERENCIA QUE PUDIERA CORRESPONDERLES POR INFRACCIÓN DE LO PROHIBIDO POR EL TESTADOR, CON SINTIENDO DICHOS HEREDEROS EN LA CANCELACIÓN, SIN PERJUICIO DE LAS RESPONSABILIDADES EN QUE HUBIERA PODIDO INCURRIR EL JUZGADO SENTENCIADOR.

*Resolución de 7 de mayo de 1929. (Gaceta de 16 de Agosto de 1929.)*

Falleció D. Manuel de la Fuente Vargas, bajo testamento otorgado en 28 de Abril de 1915 ante el Notario D. Diego del Río, modificado por unólógrafo posterior. Y en el primero instituye por su heredera usufructuaria vitalicia a su esposa doña Josefa Zambrano y nudo propietarios a sus sobrinos doña Carmen, don José, doña Dolores, doña Josefa, doña María, doña Ascensión y D. Matías Castillejo de la Fuente, imponiendo a la doña Dolores,

casada con D. Manuel Escamilla, la condición de que, mientras viva su esposo, no pueda vender, hipotecar, arrendar, etc., los bienes heredados, prohibición que extiende a los hijos de ambos, en caso de fallecimiento de su madre, mientras viva su padre, imponiendo, en caso de infracción, como pena, la pérdida de lo heredado que acrecerá al o a los herederos que denunciaren la infracción, los que deberán requerir a los demás herederos para promover unidos dicho litigio, entendiéndose, a los que no quisieren tomar parte en la contienda, como renunciantes de sus derechos.

Por el testamento ológrafo, dicho causante extendió las mencionadas restricciones a las otras herederas mientras vivieran sus maridos, y si éstos o el de doña Dolores fallecieran, y volvieran ellas a casarse, los bienes de que no hubieren dispuesto en estado de viudez seguirán afectos a las mismas restricciones.

Ya los herederos en posesión de los bienes, tres de ellos demandaron a los cuatro restantes para que reconocieran la validez de un documento privado de división de herencia, suscrito por la mayoría, a cuya demanda se opusieron doña Josefa y doña María, sosteniendo la nulidad de dicho documento y reconviniendo, además, a los actores y a los otros demandados para que, por ineficacias, se mandaran cancelar judicialmente las restricciones y limitaciones de referencia, pretensión a la que se opusieron las demandadas doña Dolores y doña Carmen, recayendo sentencia de acuerdo con lo por aquéllos pedido y otorgando los interesados una escritura en la que renuncian a los beneficios que pudieran corresponderles de la no extinción de las limitaciones mencionadas, declaran libres los bienes de toda restricción y solicitan, de acuerdo con la sentencia, la cancelación de las anotaciones o inscripciones que en el Registro contengan la prohibición.

Presentado dicho documento en el Registro de la Propiedad de Fuenteovejuna, el Registrador puso en el mismo la siguiente nota :

«Denegada la cancelación de dichas limitaciones y prohibiciones dispositivas del dominio en sí mismos, o sea en su propia sustantividad, porque, estando, cual están, inscritas como impuestas por testamento, tal cancelación sólo puede ordenarse o derivarse de sentencia en que se declare la nulidad, revocación, caducidad o ineficacia parcial del título que las produjo, o sea la total o par-

cial de las cláusulas que las contengan, y previo litigio en que, además, sean parte las personas legalmente interesadas en su vigencia, y nunca por virtud de la renuncia convencional—aunque esté confirmada por la declaración de una sentencia firme—de los favorecidos por el hecho condicional que supone el quebrantamiento de aquéllas, ni por sentencia recaída en pleito en que únicamente litigan los herederos testamentarios afectos a las limitaciones y prohibiciones y los que renunciaron al derecho que en el mismo testamento les otorgan en caso de infracción de éstas.»

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia revocó la nota recurrida, declarando procedente la cancelación de las restricciones o limitaciones a que se refiere la sentencia del Juez de primera instancia del distrito de la Izquierda, de Córdoba, mandándolas cancelar; y la Dirección general confirma el auto apelado, con los siguientes considerandos:

En cuanto al primer defecto señalado por la nota recurrida, o sea el relativo a la necesidad de que se declare la nulidad, revocación, caducidad o ineficacia del testamento para que puedan ser canceladas las limitaciones o prohibiciones de disponer inscritas en virtud de tal título, en primer término es necesario decidir si las personas instituidas como herederos por D. Manuel de la Fuente Vargas tienen derecho a renunciar las facultades que el mismo les ha concedido para que pudiesen pedir y adquirir los bienes correspondientes a las hermanas Castillejo de la Fuente o sus hijos, en el supuesto de que, contraviniendo la voluntad del testador, vendieran, hipotecaran o realizaran cualquiera de los actos prohibidos, y en segundo lugar, ha de precisarse la situación jurídica en que tales bienes quedan, una vez realizada la renuncia, para deducir, por último, si pueden, voluntariamente o en virtud de procedimiento contencioso, cuyo fallo cabe, en cierto modo, asimilar a un contrato judicial, dejar sin efecto la disposición de última voluntad en los extremos discutidos.

Cuando las prohibiciones de disponer, consignadas en un testamento, van unidas a una sanción o a un régimen subsidiario para el caso de que sean incumplidas, deben entenderse aquéllas en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca que fué otra la voluntad del testador, con arreglo al artículo 675 del Código civil, y como en la cláusula discutida se establece que si las here-

deras Castillejo de la Fuente o sus hijos, valiéndose de algún medio, infringieran en alguna cosa las prohibiciones que el testador les impone, perderán los bienes que hubiesen heredado de éste, los cuales pasarán a ser propiedad de los herederos que los reclamaren judicialmente, cumplidos ciertos requisitos, entendiéndose que los que no han querido tomar parte en dicha contienda hacen implícita renuncia de sus derechos, se impone como conclusión necesaria la de que los coherederos de las personas a quienes se prohíbe disponer de sus bienes se hallan autorizados para no ejercer la acción judicial que el testador les reserva y para renunciar explícita o implícitamente a su ejercicio.

Una vez provocado el supuesto o la condición sobre que se basa el llamado derecho de acrecer, es decir, en cuanto las herederas mencionadas o sus hijos realicen algún acto prohibido por el testador, *perderán éstos todos los bienes que hubiesen heredado de aquél*, y, en su consecuencia, parece que ha de quedar vacante una porción o cuota de la masa relictiva que no recaerá *ipso facto* en el patrimonio de los demás coherederos, sino que deberá ser atribuida en su día a los herederos abintestato, si los mismos acuden al Juzgado competente denunciando y probando las infracciones y pidiendo, como consecuencia, la adjudicación, con arreglo a las disposiciones generales de los artículos 912 y siguientes del Código civil.

Esta interpretación puede ser contradicha por la circunstancia de que el testador tan sólo prevé el pago de los bienes que hayan de quedar vacantes a los herederos testamentarios, y por ello no alude en ningún momento a los herederos abintestato, omite toda expresión sobre el ejercicio por éstos últimos del llamado derecho de acrecer, y, en su consecuencia, más tiende a proteger a las herederas y a sus hijos contra las consecuencias de una enajenación prematura, que a llamar en segundo término a nuevas personas.

Para resolver las dudas planteadas y determinar el alcance de la cláusula testamentaria, no se necesitaba ejercitar la acción de nulidad del instrumento *mortis-causa*, si no, partiendo de la existencia de un testamento abierto y otro ológrafo, y de una partición formada por comisario, así como de la consignación en documento privado de ciertas operaciones divisorias, pudo promoverse por varios interesados en esta testamentaría el juicio ordinario de mayor

cuantía, a cuya demanda se opusieron doña Josefa y doña María del Rosario Castillejo, reconviniendo, además, a los actores y a los otros demandados para que, por ineficaces, se mandaran cancelar judicialmente las restricciones y limitaciones que a las herederas casadas les impuso el causante en su testamento.

Dentro del juicio aludido, y como uno de los pronunciamientos de la sentencia, decidió el Juzgado que los demandantes y los demandados, como únicos herederos que son de D. Manuel de la Fuente y Vargas, tienen convenido renunciar, y a ello, por tanto, se obligaron y están obligados, por lo que ha de tenerseles como renunciados a todo derecho, incluso al de acrecimiento de herencia que pudiera corresponderles, por infracción y aplicación de la cláusula testamentaria, si la infringieran las herederas de estado casadas, ordenando la cancelación de los asientos correspondientes en los Registros de la Propiedad, y en su virtud, debe darse a este fallo la ejecución adecuada, sin perjuicio de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir el Juzgado sentenciador.

Sin necesidad de discutir si en el litigio a que se ha hecho referencia debían ser parte los herederos abintestato, como personas legalmente interesadas en su vigencia, basta, a los efectos de este recurso, dejar sentado que el pleito se ha llevado entre las personas que aparecen instituídas por el testador como únicos herederos, y que la cuestión relativa a la ineficacia de las cláusulas aludidas ha sido ventilada ante el Juzgado por los que él creía capacitados y legitimados activa y pasivamente para sostener la «litis».

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

## LVI

*Error de hecho y de derecho. Hipoteca por precio de casas baratas. La liquidación de éstas, en vez de declarar la exención podrá constituir un error de derecho pero no es de hecho, y debe ser reclamado en el plazo de quince días y no en el de cinco años, siendo extemporánea la reclamación formulada, pidiendo la devolución de lo ingresado una vez pasados aquéllos.*

El interesado, invocando el artículo 17 del Decreto-ley de 10 de Octubre de 1924, la Real orden de Hacienda (dictada a virtud de lo indicado por el de Trabajo de 3 de Diciembre de 1926 y las Sentencias de 9 de Julio de 1906 y 1.º de Julio de 1916, y alegando que el Liquidador había sufrido un manifiesto error al aplicar un determinado tipo, el 0,50, siendo así que lo que procedía era la exención, acudió primero al Delegado de Hacienda y después al Tribunal Provincial y al Central, que desestiman su reclamación.

Girada la liquidación en Noviembre de 1926, y reclamada en Abril de 1927, fué extemporánea la reclamación, por haber transcurrido más de los quince días que señala el artículo 62 del Reglamento de procedimiento, y doscientos del del Impuesto de Derechos Reales de 26 de Marzo de 1927; es inadmisible aquélla como devolución por ingresos indebidos por error material (artículos 6 y 201, respectivamente, de dichos Reglamentos), porque fundada la reclamación en no haberse aplicado a la liquidación reclamada la

exención del artículo 17 del Decreto-ley de 10 de Octubre de 1924, interpretada por las Reales órdenes de 24 de Julio (de Trabajo) y 3 de Diciembre (Hacienda) de 1926, es notorio que ello podrá constituir, por infracción de esas disposiciones, un error de calificación o de concepto, pero nunca de hecho, y menos de los que por su evidencia estén comprendidos en los artículos 6 y 200 antes citados, únicos errores que permiten el procedimiento excepcional establecido en dichos preceptos: una instancia presentada por el interesado pidiendo aclaración de las disposiciones legales no puede estimarse como reclamación contra las liquidaciones, por no impugnarse éstas en aquéllas y por no ir firmada por aquella persona a cuyo nombre se giraron, ni por un mandatario; la Real orden de Hacienda de 3 de Diciembre de 1926, fijando el alcance de la exención del artículo 17 del Decreto-ley de 10 de Octubre de 1924, no tiene efecto retroactivo. (Acuerdo del Tribunal Central de 28 de Mayo de 1929.) 87-1928.

## LVII

### *Obras y suministros. Liquidaciones provisionales y definitivas.*

*Presentada por un interesado una instancia manifestando que se le había adjudicado una contrata, y verificada esa presentación antes del mes a contar del otorgamiento de la escritura, las liquidaciones que se giren por virtud de la instancia son provisionales y han de ser ratificadas o rectificadas a la presentación inexcusable de la escritura; y entonces, con los datos de la escritura, procederá fijar la distribución del precio para obras y suministros.*

El interesado presentó una instancia manifestando que se le había adjudicado una obra en precio determinado, sin hacer distribución para obras y suministros, por lo que se tomó un tercio para la primera liquidación, al 0,30, y dos tercios por suministros, al 2,40; esta instancia se presentó antes de otorgarse la escritura de contrata, la cual fué presentada el mismo día en que el Liquidador giró las liquidaciones, y en la escritura, en que constaba la distribución para obras y suministros, el Liquidador se li-

mitó a declarar definitivas las dos liquidaciones giradas y a girar otra por fianza. Reclamadas las dos primeras por el interesado, atribuyéndose el error de no haber hecho la distribución en la instancia, el Tribunal fija la doctrina del epígrafe. Si bien el interesado reclamó primero sólo por el concepto de obras, es preciso entender se refería también al suministro, pues uno depende del otro, ya que se trata de la distribución de la base entre ambos. Aunque el liquidador, al girar las dos liquidaciones, se ajustó a la petición hecha por el interesado en la instancia de manifestación de la contrata, es dudoso que, fiscalmente, tuviera el acto declarando los requisitos necesarios para ser liquidado, ya que siendo la fecha de arranque de presentación la de los treinta días desde el otorgamiento de la escritura, prevista en la Real orden de adjudicación, y debiendo estimarse esa fecha como la de origen de la sujeción del acto al impuesto, aunque el interesado pidiera concretamente la liquidación, parece habría de tener un carácter provisional hasta la presentación de la escritura, como se indicó en la nota puesta por el mismo liquidador en la escritura; y como presentada la escritura, el Liquidador se limitó a hacer constar el hecho de haberse satisfecho el impuesto sin girar nuevas liquidaciones ni rectificar las hechas, ni ratificarlas provisionalmente, a los efectos del artículo 51 del Reglamento, el Tribunal no debe decidir si procede o no adoptar la distribución de la base liquidable, conforme a lo estipulado en la escritura, sino que ello debe ser decidido por la oficina liquidadora en acto administrativo (contra el cual podrá promoverse la correspondiente reclamación), en observancia de la nota puesta por el Liquidador al pie mismo del documento liquidado provisionalmente, ratificando o rectificando las liquidaciones entonces giradas, pudiendo entonces o reclamar lo ingresado con exceso o impugnar las liquidaciones. (Acuerdo del Tribunal Central de 6 de Agosto de 1929.) 90-1928.

## LVIII

1.<sup>o</sup> *Verificada la liquidación de una compraventa, e ingresado su importe, no le compete al Liquidador pedir una certificación del Catastro para comprobar y girar en su caso una liquidación*

suplementaria, sino que es precisa revisión, que sólo le corresponde a la Dirección de lo Contencioso. 2.º Esta declaración puede hacerse de oficio por el Tribunal, aunque no la planteen los interesados. 3.º Las reclamaciones referentes a timbre y Derechos reales no pueden ser englobadas en un mismo escrito y recurso.

Un liquidador, después de ingresada la cuota por una compra-venta, hizo de oficio investigaciones que le llevaron a girar una liquidación suplementaria porque en el Catastro aparecía la finca con más precio; al notificar al interesado el acuerdo del Provincial, estimatorio de su curso, se le indicó podía apelar al Gubernativo Central, aunque la cuota no pasaba de 5.000; él apeló pidiendo se le hiciera nueva notificación en que se le dijera el recurso procedente o que el Tribunal revocara el fallo: éste anula todo el expediente.

La Real orden de 22 de Noviembre de 1901, de Hacienda, declaró que la Administración Central tiene la obligación de revisar los fallos de las autoridades inferiores económico-provinciales, cuando se han infringido los Reglamentos, pudiendo declarar nulos los expedientes, aunque no sea a instancia de parte, doctrina ratificada por Sentencias del Supremo (de lo Contencioso-administrativo) de 9 de Marzo de 1912, 23 de Febrero de 1914, 31 de Enero de 1916 y 9 de Abril de 1917, que declaran que en todos los casos, aun siendo incompetente para conocer del fondo del asunto, se extienden sus facultades a declarar la nulidad del procedimiento por vicio sustancial que lo invalide, por ser aquél la garantía del derecho del particular, y tales facultades revisoras competen al Tribunal Central, por haber reconocido el Real decreto de 16 de Junio de 1924 cuantas tenían los Centros Directivos del Ministerio de Hacienda por la Real orden de 22 de Noviembre de 1901; ahora bien, el artículo 23 del Reglamento de 29 de Julio de 1924 prohíbe que en un mismo escrito se comprenda reclamación para más de un acto administrativo, y según el 3.º del Real decreto de 16 de Junio de 1924, el Tribunal Económico Provincial encargado de conocer de las reclamaciones por timbre, es diferente en su composición de la que conoce por el impuesto de Derechos reales, debiendo formar parte de aquél el Administrador de Rentas, según el Real decreto de 21 de Junio de 1924, y siendo nulo lo ac-

tuado si éste no concurre en cuanto al timbre. Y en cuanto al impuesto de Derechos reales, la oficina, una vez hecha liquidación e ingresado su importe, no tiene facultades para proceder por sí misma a verificar una comprobación de valores ni para girar una liquidación complementaria, según los artículos 85 y 140 del Reglamento del impuesto, puesto que tratándose de una revisión de comprobación y de una liquidación verificada por una Abogacía del Estado, la competencia radica en la Dirección de lo Contencioso del Estado, debiendo en todo caso ser notificado el expediente comprobación a la parte, toda vez que la liquidación se practicó con carácter definitivo y en plazo reglamentario: la Abogacía del Estado debió limitarse, pues, a poner en conocimiento de la Dirección los hechos referentes al mayor valor de la finca vendida, para que ésta acordase si procedía la revisión; y al no haberlo hecho así es nulo todo el expediente, debiendo cumplirse todos los preceptos enumerados. (Acuerdo del Tribunal Central de 13 de Noviembre de 1929.) 106-1928.

## LIX

*Procedimiento. Vista de los expedientes en primera y segunda Instancia. Suministro. Compraventa de muebles. Contrato de obras.*  
1.º *Sólo es procedente la vista en primera instancia.* 2.º *El contrato por el cual, previo concurso, se concierta el suministro de cajas de cierto género monopolizado y las hojas litografiadas destinadas a formar los canutos que constituyen la parte exterior de los envases, así como cualquier otro género de envases que la Administración acordara, haciendo constar que en el precio del suministro se comprende, no sólo el valor de los materiales, sino el de los jornales y transportes, y que la obligación del contratista era proveer de los efectos expresados a las fábricas del monopolio en las cantidades y fechas que señale la Administración, siendo de cuenta de aquél cuantos gastos se originen en la confección de las cajas y cartones, en el servicio de los mismos y en su transporte hasta las fábricas, ha de calificarse como un contrato de ejecución de obra con suministro de materiales, y liquidarse como compraventa de muebles.*

El Liquidador liquidó como contrato de suministros número 21 de la tarifa al 2,40, por un año, poniendo nota de que por no conocerse el importe total de lo suministrado, había de presentarse de nuevo el documento. El interesado reclamó se rebajase una tercera parte por arriendo de servicios, alegando que, dada la definición del contrato de suministros comprendida en el artículo 25 del Reglamento, «o sea aquél por el cual una persona se obliga a entregar a otra en plazos sucesivos y mediante precio o compensación de otra especie, una pluralidad de objetos muebles cuya cuantía no puede fijarse de antemano, sino en términos sujetos a rectificación, y está subordinada a las necesidades del adquirente», el contrato celebrado es de suministros, y en éste, según el mismo artículo, se liquidará una tercera parte por arriendo de servicios y dos tercios por el suministro cuando no se especifica uno y otro. El Tribunal Provincial rechazó la reclamación por las siguientes razones: a) que si bien en el precio de suministro van englobadas la remuneración de servicios, éstos, fiscalmente, han de ser calificados como contrato de ejecución de obras, a tenor del párrafo segundo, número XV del artículo 2.<sup>º</sup> de la ley, que hace depender la diferencia del arriendo de obras del de servicios en que en aquél el trabajo contratado queda incorporado a una cosa, *creándola*, y en el caso actual el contratista *creaba* las cajas o envases; b) que en ese precepto, suponiendo la concurrencia de un arriendo de obras, de una compraventa y un suministro, se fija como regla para distribuir el precio, «*si no se especifica*» y se ordena que se liquidara como compraventa si el arrendador pone todos los materiales y se dedica habitualmente a la confección de productos análogos; y c) que probado que el arrendador da todos los materiales, y *debiendo* presumirse la habituabilidad, según el párrafo séptimo del artículo 18 del Reglamento, por no haberse presentado el documento exigido y tratarse de una Sociedad cuyo fin social es el suministrar géneros análogos, debe rechazarse la reclamación. Interpuesto recurso pidiendo vista del expediente, el *Central declara*: 1.<sup>º</sup> Que según el artículo 63 del Reglamento de procedimiento, el trámite de poner de manifiesto el expediente para hacer alegaciones y pedir pruebas, es peculiar de la primera instancia, a menos que se dé el caso del artículo 89 del mismo, es decir, que haya más partes que la apelante, y debe accederse por ello a nueva

vista, y así lo ha reconocido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Mayo de 1928. 2.º Es contrato de obras (artículo 18 del Reglamento en armonía con el párrafo segundo, número XV del 2.º de la Ley) aquél en que el trabajo contratado queda incorporado a una cosa, sea cualquiera su propietario, creándola, modificándola o reparándola ; y no cabe dudar que se trata de un contrato de esa especie, dado que su fin es la confección de las cajas y la de cartones en hojas litografiadas, que forman la parte exterior de los envases ; y el artículo 1.544 del Código civil lo confirma, ya que lo contratado es una obra que ha de realizarse por el contratista, incorporando su trabajo a los materiales que el mismo fabrica o se proporciona, creando las cajas y cartones ; no es suficiente a que dicho contrato sea calificado como de suministro el que la obra haya de entregarse en plazos, pues ya el artículo 18, párrafo 4.º, del Reglamento prevé que coincidan el contrato de obras y el suministro, sin otra consecuencia que haber de distribuirse entre ambos el precio, y si no se especifica éste, se presumirá que corresponde dos tercios como transmisión de muebles, y un tercio por las obras, pero debiendo liquidarse íntegramente como compraventa (es decir, sin deducir el un tercio para liquidar como obras) si el arrendador pone la totalidad de los materiales y se dedica habitualmente a la confección de productos análogos al actual ; por lo tanto, el contrato es una compraventa de muebles, sin deducción alguna por obra ; aunque el Liquidador aplicó un número diferente de la tarifa (el 21, en vez del 46), como el tipo y la base son los mismos, no procede rectificar ese error, que no causa lesión alguna. (Acuerdo del Tribunal Central, 13 Noviembre 1928), 107-1928.

## LX

*Comprobación de valores.*

Conforme al artículo 74 del Reglamento del impuesto de Derechos reales de 20 de Abril de 1911, aplicable al caso, y Real orden de 3 de Septiembre de 1921, es medio ordinario de comprobación el valor de los bienes que figure en la última inscripción del Registro de la Propiedad, debiendo los Liquidadores-Registradores

utilizar ese medio cuando se trata de transmisión de fincas inscritas en el Registro que desempeñaran ; figurando en el Registro una finca con más valor del precio que se revalide, es estrictamente reglamentario y obligatorio valerse de ese medio de comprobación ; pero solicitada expresamente la tasación pericial, por no conformarse con el valor señalado por la Administración, es inexcusable acudir a ella, según los artículos 75 y 79 del precitado Reglamento. (El segundo párrafo del artículo 80 y 81, y segundo del artículo 84 del actual, contienen disposiciones análogas a las citadas). (Acuerdo del Tribunal Central de 10 de Julio de 1928.) 109-1928.

## LXI

*Exención. La compra de una casa, para instalar en ella las oficinas de una Compañía, que, según su contrato con el Estado, goza de exención de todos los impuestos, está exenta del de Derechos reales.*

El número 42 del artículo 6.<sup>º</sup> del Reglamento del impuesto extiende la exención a los actos en cuyo favor se haya reconocido ésta por leyes o disposiciones especiales, en tanto se cumplan los requisitos exigidos en ellas y mientras continúen en vigor ; ahora bien, los párrafos 4.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup> de la base 4.<sup>a</sup>, y la 7.<sup>a</sup> del contrato con la Compañía de 25 de Agosto de 1924, declaran que todos los actos de adquisiciones de instalaciones de propiedades telefónicas, bien por el Estado o por la Compañía, la entrega de esas instalaciones y todos los demás actos complementarios, incluso el otorgamiento de documentos, están exentos de los impuestos de Derechos reales y demás directos o indirectos, comprendiendo la exención no sólo lo referente a las instalaciones, sino a las propiedades de todas clases, *no siendo, empero, extensiva* la exención a la *ley del Timbre* ; y que todas las sumas que ha de percibir el Estado, según la base 7.<sup>a</sup>, se considerarán impuesto para todos los efectos legales, y en compensación de tales impuestos y a virtud del carácter nacional de los servicios, queda exenta la Compañía de toda otra contribución o impuesto o tasa sobre instalaciones, edificios u otros elementos de cualquier clase que sea, nacional, provincial o mu-

nicipal, ahora o en lo sucesivo, incluso los de utilidades, pero no en cuanto a los sueldos de los empleados y beneficio de los accionistas ; y por Real orden de 27 de Octubre de 1924, del Directorio Militar, se aclararon las bases en sentido de que el aumento de capital estaba exento en cuanto al impuesto de Derechos reales, porque fué voluntad del contrato que la exención fuese tan amplia que no quedasen excluidos de aquélla más que el Timbre y el sueldo de los empleados y beneficios de los accionistas ; por tanto, la compra aludida está exenta. La exención, pues, según la Real orden, comprende cuantos actos o contratos realice la Compañía que directa o indirectamente puedan tener relación con el cumplimiento del contrato, salvo las excepciones expresadas, y entre estas últimas no está el impuesto de Derechos reales. (Acuerdo del Tribunal Central de 25 de Febrero de 1929.) 121-1928.

## LXII

*Procedimiento.* Suscitada una cuestión incidental acerca de si era indispensable la inscripción en el Registro Mercantil de un poder para representar a determinada Sociedad, con la circunstancia de referirse a exenciones municipales, es preciso armonizar el artículo 97 del Reglamento de 29 de Julio de 1924 con el párrafo 3.<sup>o</sup> del artículo 41 del mismo ; y si bien en virtud del primero la competencia para las cuestiones incidentales radica en el Tribunal que conozca del asunto (en éste el Económico Provincial) y en apelación del acuerdo de aquél puede acudirse al Central, en virtud del segundo, los Tribunales Económico-administrativos Provinciales conocen en única instancia de las exacciones municipales siempre que el asunto sea de la competencia del Ayuntamiento o de la Comisión Municipal permanente. Y por ello el Central carece de competencia para entender en esa apelación y sólo procede recurso el contencioso administrativo ante el Tribunal Provincial. (Acuerdo del 18 de Septiembre de 1928.) 140-1928.

## LXIII

*Multas. El descubrimiento de riqueza oculta después de pasado el plazo para girar la liquidación definitiva, si se hace por manifestación espontánea del contribuyente sólo causaba, según el Reglamento de 1911, multa de 30 por 100.*

Por acuerdo del Tribunal Central de 2 de Febrero de 1928, dictado a consecuencia de recurso referente a comprobación de valores, se ordenó rectificar la base e incluir determinados bienes omitidos en la declaración hecha por el interesado al solicitar la declaración provisional: el liquidador, al girar la correspondiente liquidación, efectuó varias por diferencia entre los valores de la declaración provisional y los valores definitivos: recurridas estas liquidaciones las anula el Tribunal Provincial y acuerda imponer multas de 100 por 100 de las cuotas o los bienes ocultados en la provisional no impuestas por el liquidador, amparándose el Tribunal en el artículo 20 del Reglamento de Procedimiento. El Central las deja reducidas al 30 por 100. El Reglamento aplicable era el de 1911, vigente cuando se presentaron los documentos y se causó la herencia, y no lo es la actual legislación (aplicada por el Tribunal Provincial) que empezó a regir después de los indicados actos, ya que por otra parte la disposición transitoria de la ley de 28 de Febrero de 1927 es que regirán sus disposiciones, en cuanto modifican las anteriores, a los actos causados después de 1.º de Mayo de 1926 (o antes si éstos no se han presentado), pero sin aludir a los ya presentados.

Los artículos 12 de la ley de Abril de 1900 y 180 del Reglamento de 20 de Abril de 1911 y artículo 31 del Real decreto de 21 de Septiembre de 1921 previenen que se castigará con una multa igual al importe de las cuotas si después de practicada la liquidación definitiva, o la provisional en el caso de dejar pasar el plazo de aquélla, se descubren bienes; pero si los bienes no se descubren por expediente de denuncia sino por declaración de los interesados carecía de aplicación tal precepto; y por el contrario procedía la multa del 30 por 100 si pasado el término legal mani-

festaban espontáneamente bienes sujetos al impuesto, equiparando la falta de presentación de documentos con la omisión de bienes en el párrafo 2.º del artículo 180. (Acuerdo del Central de 11 de Diciembre de 1928.) 135-1928. (Hoy rigen los artículos 216, 217 y 214 del actual Reglamento.)

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado.



# Orbis.s.a.

MADRID. PI, MARGALL, 18

LA MEJOR  
MAQUINA  
DE  
ESCRIBIR

BARCELONA. Claris, 5

SEVILLA. Pi y Margall, 25

BILBAO. Ledesma, 18

TOLEDO. Comercio, 14



Muebles de Acero  
para Oficinas



**BERLOY**



Taller de reparaciones de máquinas  
de escribir de todas las marcas