

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXX

Junio 1954

Núm. 313

Hacia un Derecho Cristiano

1. LA POBREZA DEL HUMANISMO VIGENTE.

Hay que partir de la base de la ambigüedad de este término, que, según el talismán que se le aplique, así serán los resultados que obtengamos, puesto que la vuelta al hombre, de que ahora tanto se habla, bien puede significar levantarle un pedestal para adorarlo o subsumirlo en la colectividad para esclavizarlo o hacerle trascender por encima del tiempo para que se postre ante la magnificencia de la obra divina creadora, respetándose su dignidad de persona y su libertad humana.

Porque téngase en cuenta que todo ideal humanista arrastra consigo al hombre a una postura de tensión social, ora sea revolucionaria o de acción, como la comunista; piadosa y pasiva, como la budista con su Nirvana; ora encendida de amor hacia su Dios y sus semejantes, como la cristiana. Sólo amando las cosas el hombre las atrae a lo humano, consiguiendo ponerlas a nuestro servicio sin esclavizarlas, en razón de que su máxima aspiración debe ser tender a encarrar el ideal de una comunidad fraterna, en la que los seres humanos no sean sacrificados a meras contingencias temporales, sino elevados a un nivel de vida más justo y culto para sus semejantes, donde encuentren satisfacción a sus necesidades materiales y espirituales, como exige su doble dimensión de cuerpo y alma.

Mas el humanismo que campea todavía en la actualidad no es ni mucho menos éste que nos hallamos cantando; es un pobre humanismo, exento de equidad y caridad, por empeñarse los hombres en ignorar los derechos de Dios y no tomar en consideración más que a la colectividad y a las clases, con menosprecio para la persona individual. No interesa, pues, el hombre en tanto es persona, sino en cuanto es número, masa..., habiendo triunfado una visión amorfa de la sociedad. Por eso aun no se ha hecho la luz en el mundo ni la paz ha vuelto a reinar en los corazones de los hombres. Pues no puede haber sosiego y bienestar general cuando para unos hay alegría mientras los otros no han dejado todavía de sufrir. Tal estado deleznable de cosas supone una victoria para el mayor enemigo del hombre y de la paz: la guerra. Es por lo que, a pesar del tiempo transcurrido desde la última conflagración bélica, continúa sin reivindicar la gran víctima de la guerra: el amor.

El humanismo que hemos de restaurar es de fe en los valores supremos de libertad y justicia, y sobre todo en la gran virtud de la caridad, el gran «Mandatum novum», confiado a los hombres como remedio soberano a sus males y como la viva y fecunda sustancia de su vida.

2. LA FALSA EMANCIPACIÓN DEL HOMBRE

El marxismo, en su pretendido retorno a lo humano, confía en que la emancipación económica y social del hombre tendrá como corolario necesario su emancipación religiosa, porque no se olvide que el ateísmo fué el punto de partida de Marx, quien del orden de la crítica religiosa pasó al de la crítica social, bebiendo en las fuentes de Feuerbach.

Inmerso el hombre en el sistema pagano del capitalismo, después de rotos los antiguos gremios que le servían de protección y respeto, tuvo que surgir—como ha dicho Proudhón—la distinción entre la clase de los patronos, detentadores de los instrumentos de trabajo, capitalistas y grandes propietarios, y la de los obreros, simples asalariados. Así hace su aparición la lucha de clases, como una consecuencia efectiva del sistema capitalista, buscándose su superación en la emancipación social del proletariado, ya entonces libre de las trabas religiosas que le habían mantenido sumiso y resignado con su suerte de paria de la sociedad.

Pero han olvidado estas doctrinas revolucionarias, que no sólo de pan vive la criatura humana, en sazón de que el hombre ha nacido para tender a la perfección del amor a sus semejantes, lo que envuelve en sí un ansia ilimitada de universalidad e inmortalidad, que puede llegar a transformarle en sus relaciones sociales, haciéndole comprensivo para con las flaquezas del prójimo e imprimiéndole una fuerza unitiva y vivificante, capaz de contagiar a los demás seres humanos, que les impulsa a querer y difundir el bien, alcanzando una mayor perfección individual y social.

Con todo, esto no se consigue volviendo los ojos farisaicamente al cristianismo, pues aun reconociendo la inescindibilidad de lo litúrgico y lo social en su cuerpo de doctrina, aparece cada vez más claro que la observancia de las prácticas religiosas, sin que coexista con ellas una íntima convicción de comportarse realmente como cristianos, es engañoso y baladí. Porque el mismo movimiento litúrgico se abre a los fieles, al pueblo, para cofrendar el Santo Sacrificio de la Misa juntamente con el sacerdote, participando en el culto, lo que se refuerza con la teología del Cuerpo Místico, que pone de relieve la unión entológica sobrenatural de todos los cristianos en Cristo, reconociendo el sacerdocio de los fieles (1).

Luego sería completamente vano y absurdo tratar de ofrecer al hombre para que se libere de la falsa emancipación marxista, que extirpa en él de raíz sus sentimientos y aspiraciones espirituales, un mundo cristiano pendiente únicamente de lo aparente y decorativo y huero cuando se trata de afirmar la dignidad y la vocación de la persona humana, permaneciendo insensible a las condiciones sociales que la oprimen y la impiden ganarse el sustento diario con honradez y honestidad.

3. TENDENCIAS IMPERANTES EN LA CONVIVENCIA SOCIAL.

Ha escrito el Padre Lombardi que el campo en el que es más fácil notar la necesidad de la presencia de Cristo para el desenvolvimiento de la vida temporal de nuestra generación es ciertamente el social, esto es, la organización de la convivencia entre los hombres.

(1) JOSÉ LUIS L. ARANGUREN: *Laicado, un neologismo; laicado, una nueva realidad*, en *Revista Espiritualidad Secular*, mayo 1953, p. 162.

Pues en tal aspecto más que en ningún otro ha sido registrada la quiebra de la línea histórica humanista (2).

La convivencia de los hombres tiene como esfera fundamental de organización suficientemente acabada y autónoma la unidad política del Estado, porque la familia en sí es demasiado restringida y, de otra parte, se encuentra continuamente necesitada de apoyarse y extenderse fuera de su órbita para poder subsistir, mientras la unión internacional de los pueblos es aún demasiado vasta para ser inmediatamente advertida como necesaria.

Con la Revolución francesa se inicia la tentativa liberal de acoplar al individuo en la sociedad, fundando sobre sus valores individuales la solución del problema de la convivencia humana. Se piensa, pues, que la mejor manera de organizar ésta es asegurando al hombre el máximo ejercicio de la libertad y reduciendo, por el contrario, la intervención del Estado al mínimo, lo imprescindible, con el solo fin de atender al orden público.

Este sistema tuvo sus ventajas en su tiempo. El mismo Marx lo declaró en el «Manifiesto del partido comunista» (1848), cuando nos dice que la burguesía ha creado fuerzas de producción más gigantescas e imponentes que las que han llevado a cabo todas las generaciones precedentes juntas. Pero el desencadenamiento del individualismo condujo al descontrol del egoísmo y al abuso sin piedad de los que perdían en la lucha diaria, que eran, fatalmente, el mayor número de los individuos. De aquí que la riqueza terminase concentrándose en muy pocas manos, especialmente con las grandes industrias, mientras la mayoría de los hombres, menos hábiles o afortunados, arrastraban una vida mísera, con el solo consuelo de poderse llamar individuos libres. Así, al tiempo que sólo unos pocos acumularon grandes capitales, la enorme masa de los demás fué vencida en la lucha. Por este camino el sistema de la libertad individual desenfrenada, aceptable bajo un aspecto, reveló bien pronto en la práctica su gran fallo: la injusticia social.

Para este tipo de hombre del liberalismo los valores metafísicos no pasan de ser más que una vana superestructura totalmente externa a su ser y a su hacer; en pocas palabras, ajena a la moral de su vida. Esta actitud es exponente de la preponderancia económica sobre que está montada la humanidad en este tiempo, desdeñándose toda

ideología metafísica que pudiera informar al ser humano y frenarle sus impulsos desmedidos cuando fuesen actuados en perjuicio de sus semejantes. Por consiguiente, aparece como una producción farisaica y decadente, nacida del espíritu racionalista. En él todo es nominal. De donde la primacía del signo y de la legalidad; del dinero, en las relaciones económicas, y de las ficciones jurídicas, en la vida del Derecho. Es por lo que el hombre burgués repele a la conciencia cristiana tanto como a la conciencia comunista.

Después del fracaso del individualismo como forma de vida, se ha presentado a la humanidad como ideal el estado colectivista. En éste el individuo es reducido a la nada, permaneciendo inerte ante el poder absoluto del Estado o de la propia sociedad. De esta manera, si la libertad individual desenfrenada había producido en la práctica tanta injusticia, el sistema de la justicia colectivista destruye por completo la libertad. Lógicamente así tenía que acaecer, porque si el Estado es el administrador de todos los bienes de la comunidad social, a fin de impedir que se formen de nuevo diferencias entre los hombres con la posibilidad del libre cambio, tendrá que intervenir siempre en todas las cuestiones que en su ámbito se presenten, aun cuando se produzcan en la órbita privada, despojando a los individuos de toda iniciativa particular. En su consecuencia, la colectividad no permite ninguna afirmación individual, aunque fuera moderada, que, manifestándose de cualesquiera forma, pudiera amenazar la competencia del hombre colectivo. Por eso se niegan las libertades individuales y se suprimen, por ende, las armas de defensa de que pudiera disponer el hombre para proteger su dignidad de persona libre y responsable, quedando reducido a una simple pieza de la máquina estatal.

Las reivindicaciones sociales, para acabar con la servidumbre económica y la condición humana del proletariado, no se piden en nombre de la persona humana—cuya dignidad es de base espiritual—, sino en el del hombre colectivo, para que encuentre en su propia vida colectiva y en la libre disposición de su propio trabajo colectivo una liberación absoluta, edificando en sí mismo, en definitiva, el titanismo de la naturaleza humana (3). Este tipo de hombre deshumanizado y diluído habrá de absorber de manera absoluta al hombre—persona individual, hasta entonces todavía sometido a fuerzas heterónomo-

(3) JACQUES MARITAIN: *Humanismo integral*, trad. esp. Santiago de Chile, 1947, págs. 58.

mas—, con el objeto de que, libre ya por la abolición de la propiedad privada, alcance una soberana independencia en el dominio de la naturaleza y en el gobierno de la historia, que antaño la religión atribuyó siempre a Dios. Fácil es colegir que esta tendencia colectivista cae en el fariseísmo del orgullo colectivo y en el de la producción, tan nefastos como el que vienen a reemplazar del honor burgués y del provecho individual.

Al hacer el balance de las consecuencias prácticas de estos sistemas expuestos, elaborados por los hombres a espaldas de Dios, resulta inevitable una doble observación: la bandera de la libertad individual ha conducido a la injusticia; la de la justicia colectiva ha destruído la libertad personal. Evidentemente, una nueva edad avanza, caracterizada por un nuevo orden social, que se afirmará con el mismo ritmo que vaya siendo precipitado a la muerte el comunismo, quien ha infiltrado en las masas populares tan profundamente una falsa exaltación mítica, que ha convertido para ellas su credo en una religión, a pesar de que calificaron a ésta como el opio de los pueblos.

La nueva edad histórica que ya se vislumbra en el horizonte, habrá de evitar los excesos individualistas pasados, como asimismo los colectivistas, tratando de superar armónicamente las dos etapas anteriores, recogiendo aquellos elementos de ellas aprovechables y abandonando su escoria. Pues los hombres de nuestra generación, decepcionados de los fracasos ideológicos precedentes, desean una forma de vida en común, que conjugue debidamente lo que era legítimo en las dos experiencias anteriores, procurando evitar, al mismo tiempo, los defectos de aquellos mismos sistemas: libertad sí, pero sin llegar a la injusticia y a la explotación de los desvalidos; justicia sí, pero sin destruir toda la libertad. En fin, se quiere una fórmula de organización social que salve la libertad y la solidaridad; que respete la libertad individual, mas limitándola cuando destruyere la solidaridad humana; y proclame la solidaridad, mas sin llegar a destruir por ello la libertad de los individuos. O sea, se quiere libertad en la solidaridad. Libertad individual, afirmación de lo personal en la vida; pero siempre con conciencia de los deberes hacia la colectividad. Tanta libertad, cuanta pueda coexistir con la solidaridad; tanta solidaridad; cuanta pueda coexistir con la libertad.

Pues bien: ya podemos decir que esta sociedad aun no construída pero de la que se tienen las premisas históricas principales, encontrará la aspiración más genuina y apropiada en el pensamiento

cristiano. Porque es el cristianismo, la doctrina que de modo acabado proclama tanto el respeto del individuo, cuanto sus deberes hacia el prójimo; la coexistencia de la libertad individual con la exigencia profunda de la solidaridad humana.

Se anhela, pues, proyectar los postulados del cristianismo en la misma vida social, para que los hombres los encarnen haciéndoles norma de su conducta privada y pública, porque un orden social fundamentado exclusivamente en la virtud y en el amor, sería mera utopía; motivo por el que urge la elaboración de una legislación social que se inspire en la visión cristiana del hombre y de la sociedad, defendiendo la libertad pero obligando a los individuos a que se muevan tras la consecución del bien común, dejando el mayor margen al amor cristiano para que penetre insensiblemente en los espíritus incluso más refractarios a la educación comunitaria.

Frente al conflicto ideológico enconado que amenaza en la actualidad asolar este mundo decrepito y a la deriva, se yergue potente y vital esta concepción temporal del cristianismo que, si no descarta el que el paso del hombre por la vida terrena sea un valle de lágrimas, considera, sin embargo, que consiguiendo una aplicación auténtica de sus preceptos evangélicos al orden social imperante, se alcanzará un bienestar mayor y una convivencia humana más fraternizada, lográndose que no ya sólo haya hombres cristianos, sino que, en lo sucesivo, podremos compulsar también la existencia de sistemas de la misma índole.

El dinamismo revolucionario de signo marxista, estimándose que significa la culminación del «naturalismo acabado», cree que supondrá su triunfo el verdadero fin de la querella entre el hombre y la naturaleza y entre el hombre y el hombre, poniéndose así término a la querella entre la existencia y la esencia, entre la objetivación y la afirmación de sí, entre la libertad y la necesidad, entre el individuo y la especie, señalando el triunfo definitivo del hombre sobre el destino, o más gráficamente dicho, la terminación del reino de Dios en la Historia. Por ende, se trata de desconocer la caída del hombre por el pecado original y su cualidad de desterrado en la tierra, por lo que se le supone capaz de alcanzar una perfección natural en el tiempo que borraría del todo su «estado desfalleciente», teniendo la posibilidad de gozar de una felicidad temporal completa, demostrativa de la falsedad de la concepción cristiana que considera a este mundo como un lugar de trán-

sito, donde abunda más el dolor y la expiación de nuestras culpas que el goce auténtico y pleno, sólo factible de alcanzarse en la vida ultraterrena.

Mas, la realidad nos demuestra que la debilidad humana trata de dormir, y que únicamente durante momentos determinados de exaltación mítica o éxtasis místico es posible mantener al hombre en tensión social heroica, puesto que, naturalmente, es propenso al reposo, corporal y mental, y a seguir la línea de vida más fácil y cómoda. Por eso necesita hallarse constantemente en comunión dolorosa con todos los dolientes y desheredados de la vida terrestre, para mantenerse alerta y no dormirse en los laureles de una victoria ganada o en la confianza de estar en posesión de las verdades eternas.

Es por lo que el cristianismo, teniendo presente en su concepción las debilidades humanas, tiene horror al pesimismo de inercia; es pesimista, en el sentido de saber que la criatura fué sacada de la nada y que todo cuanto viene de la nada tiende por sí a ella; pero su optimismo es incomparablemente más profundo que su pesimismo, pues sabe que la criatura viene de Dios y que tiende a El. Por consiguiente, el humanismo cristiano, en ningún momento de su evolución inmoviliza al hombre, que, en el devenir de la historia, ha de crear su personalidad, en razón de que no sólo en su ser social, sino en su ser interior y espiritual, viene a este mundo como un mero esbozo de sí mismo; él, en lucha con la vida, ha de hacerse. Creado a imagen de Dios, es asombrosamente progresivo en el bien y en el mal, por lo que, su naturaleza inmutable, está siempre inmersa en climas históricos diversos, en los que puede desarrollar sus actitudes vocacionales y perfeccionar su mundo espiritual.

La única duda que nos asalta es si para conseguir esta nueva etapa de la humanidad —deslumbrante y salvadora—, será suficiente que el amor divino llame a los corazones de los hombres, haciéndoles ver el momento de grave responsabilidad y peligro en que viven de perecer malditos por las incontables injusticias sociales que se cometen cada hora y cada día; o, por el contrario, sólo alcanzaremos a dar con la solución verdadera para nuestros problemas de convivencia social, después que de nuevo hayamos mordido el polvo de la incomprensión y del egoísmo, de la guerra y la miseria. Únicamente nos es dable afirmar, que, en batalla tan grandiosa como nos proponemos librar, no basta con proponerse la conquista de las mal llamadas minorías selectas y del Estado, por cuanto aspiramos a

una redención social del hombre a cuyo fin es imprescindible su recuperación total en nuevas formas de vida y de estructuración social, lo cual no podremos conseguir sin emprender con denuesto la conquista de la sociedad dirigiendo el mensaje de reivindicación a todos los hombres del mundo en términos de paridad basados en el principio cristiano de la unidad sustancial del género humano.

4. NECESIDAD DE UN SISTEMA CRISTIANO.

Esta orientación social del cristianismo va tomando cuerpo en nuestros días, sin que con ello queramos decir que dicha corriente sea admitida unánimemente por los autores cristianos; porque, lejos de ello, todavía hay quienes sostienen que el Evangelio es un conjunto de normas morales que se refieren al hombre como ser espiritual y, por consiguiente, hay que dejarse de tratar de llevar sus preceptos más allá de este campo ultraterreno, en razón de que no es misión que incumba al cristianismo como tal.

Precisamente, en esta dirección doctrinal nos encontramos al sabio español don Miguel de Unamuno, quien ya señalaba como cosas incompatibles los postulados contenidos en el Evangelio y las normas del Derecho romano (3 bis); pero, no obstante comprender que con el reconocimiento oficial del cristianismo por Constantino se había producido una transacción en el campo del Derecho, en razón de que han seguido gobernando los pueblos hasta ahora leyes inspiradas en el individualismo y paganismo de la imperial Roma, aun cuando deba admitirse que fueron mitigadas en ciertos sectores, v. gr., como el matrimonial y el familiar, Unamuno se pronuncia violentamente contra una proyección del cristianismo en la vida social a fin de regularla conforme a sus principios evangélicos.

Don Miguel se pregunta un cierto airado: «¿Qué es eso del cristianismo social? ¿Qué es eso del reinado social de Jesucristo? ¿Qué tiene que ver la cristiandad, la verdadera cristiandad, con la sociedad de aquí abajo, de la Tierra? ¿Qué es eso de la democracia cristiana? «Mi reino no es de este mundo.» (Juan, XVIII, 36), dijo el Cristo cuando vió que no llegaba el fin de la Historia. Y también: «Dad al César lo que es del César, y a Dios

lo que es de Dios» (Luc, XX, 25). Por eso, cuando después de la romanización de la cristiandad empezó a querer convertirse la letra, no al verbo, del Evangelio en algo así como una ley de las Doce Tablas, naciendo cosa tan horrenda como el llamado Derecho canónico, se consolidó la concepción jurídica, mundana, social, del supuesto cristianismo, teniendo a leguleyos como San Agustín y San Pablo, y, hablándose de derechos y deberes, que no son sentimientos religiosos cristianos, sino jurídicos; porque lo cristiano es gracia y sacrificio, pidiendo soledad completa, por lo que el ideal de la cristiandad es un cartujo, que deja padre y madre y hermanos por Cristo, y renuncia a formar familia, a ser marido y a ser padre. Lo cual, si ha de persistir el linaje humano, si ha de persistir la cristiandad en el sentido de comunidad social y civil de cristianos, si ha de persistir la Iglesia, es imposible, siendo lo más terrible de la agonía del cristianismo, que quiere buscar la vida eterna fuera de la Historia y se encuentra con el silencio del Universo. Por lo que no es misión cristiana la de resolver el problema económico-social, el de la pobreza y la riqueza, el del reparto de los bienes de la tierra (4).

Porque para Unamuno el cristianismo es problema de fe, la fe desesperada y agónica que si muere, morirá nuestra civilización; si muere nuestra civilización, morirá la fe cristiana. Y tenemos que vivir en agonía (4 bis). El sabio español, según José Luis Aranguren, es un hombre de talante protestante que, dado su gran orgullo, trata que cada cual de los mortales arregle las cuentas de su alma muy solito con su Dios y sin ninguna tabla de salvación a que agarrarse: «Hay que echar a los hombres en medio del océano, y quitarles toda tabla y que aprendan a ser hombres, a flotar. ¿Tienes tan poca confianza en Dios que... necesitas tabla a que agarrarte? El te sostendrá sin tabla. ¿Y si te hundes en El, qué importa? Esas congojas y tribulaciones y dudas que tanto temes son el principio del ahogo, son las aguas vivas y eternas que te echan el aire de la tranquilidad aparental en que estás muriendo hora tras hora; déjate ahogar, déjate ir al fondo y perder sentido y quedar como una esponja, que luego volverás a la sobrehaz de las aguas donde te veas y te toques y te sientas dentro del océano.» (5).

(4) *Ensayos*. Madrid, 1951. I, págs. 987 a 990.

(4 bis) *Op. cit.*, pág. 992.

(5) *Ensayos*. II, págs. 260-1.

Sin embargo, hoy, como decimos más arriba, la posición de Miguel de Unamuno no es la compartida, por lo general, dentro de las filas del cristianismo, que, con la postguerra, ha irrumpido en los campos de la vida política y social con nuevos arrestos y bríos, viéndose con complacencia, al menos, por las altas jerarquías de la Iglesia. Prueba de lo que decimos puede constituir la, en el ámbito sociológico, el movimiento de los sacerdotes obreros, aun cuando en la actualidad trátase de frenar algunos excesos, y, en el campo político, la posición de Jacques Maritain, *de la mano tendida*, que tan buenos resultados ha dado en la práctica con los gobiernos demócrata-cristianos, sobre todo, en Alemania e Italia. Y, fundamentalmente, la Cruzada de la Bondad del Padre Jesuíta Ricardo Lombardi, muy allegado al pontífice reinante Pío XII, que, independientemente de haber dado la batalla al comunismo en la nación italiana, ha puesto en ascuas a la Cristiandad, situándola ante el dilema de perecer en manos del ateísmo o salvarse mediante la cristianización del mundo y de sus leyes.

En España, donde prevalece un cristianismo de liturgia, también ha tenido repercusiones esta forma de vivir y enfocar la doctrina de Cristo, si bien ello ha sido, sobre todo, entre los hombres que no se mueven en el catolicismo oficial de nuestros días. Dentro de esta posición vital y sociológica, conviene encuadrar a José Luis L. Aranguren, quien ha publicado un libro de cuidadas formas y de sutiles concepciones, intitulado «Catolicismo y protestantismo como formas de existencia», en el que se afirma que hoy somos ya muchos católicos los primeros en reconocer que la pérdida del sentido del pecado es uno de los más graves males de nuestro tiempo, lo que en parte obedece a simple comodidad o fariseísmo, por la tentación de perfección, siempre al acecho del hombre religioso. Pues hasta hace poco tiempo el católico propendía fácilmente a vivir la religión como el reaseguro, la supramundana garantía de su mundana seguridad, de su inserción en un orden bien-pensante, de su posesión de una familia legítima y un hogar estable, de su pertenencia a una patria y su arraigamiento en un modo de existencia tradicional, cuando la seudoreligión de la pura exterioridad y las «buenas formas» es, naturalmente, rechazada. Vale más ser publicano que fariseo. También ser —diría yo— «fariseo al revés», es decir: guardar el «secretum meum mihi», ponerse el disfraz mundanal y laico de que hablaba Kierkegaard, renunciar a «sacar partido», di-

recta o indirectamente, de la Fe. ¿Pero el catolicismo es hoy una situación de garantía y seguridad? Creo que no (6).

Esto es lo más que se ha llegado a decir en la época actual española y sin que ello se haya traducido en una acción social de grupo, fuera de la acción que ha desplegado oficialmente la Iglesia. Por eso, la palma ideológica y práctica de todo este movimiento de recristianización del mundo y de las masas se la lleva posiblemente Francia, en la que con más talento y tesón han actuado los hombres intelectuales y de brega que militan en este campo, desde los de ideas más avanzadas al estilo de los de la revista «Esprit», que dirigió hasta su muerte Edmanuel Mounier, hasta los moderados demócratas cristianos que hoy comparten las responsabilidades del Poder, productos de las concepciones de Jacques Maritain. Aparte, en el ámbito del Derecho, se han movido en esta misma dirección Mauricio Hauriou, un comptista venido al campo cristiano, y Jorge Renard, entre otros, que es quien echó las bases tomistas a la teoría institucional, posición ideológica cristiana (6 bis).

Entre los autores, que han sabido poner de relieve hasta dónde es preciso llegar en la proyección de los principios evangélicos en la vida social, destaca Gilbert Cesbron en su novela sobre los sacerdotes obreros que lleva por título, «Los santos van al infierno» (Ed. Destino, 1953), quien atribuye las injusticias que se cometen diariamente en la sociedad actual a la vigencia de un mal sistema social, por lo que las gentes viven en un error ideológico, y, en cierto modo, si todos los hombres no somos culpables de esta anormal situación sociológica, sí nos cabe la responsabilidad (7).

De esta guisa, Gilbert Cesbron hace una sugestión profundamente humana, pero atrevida, si tenemos en cuenta la orientación subjetiva e individualista del cristianismo, como hemos visto anteriormente trataba de poner de manifiesto don Miguel de Unamuno, en razón de que la salvación del alma es un problema que atañe a cada uno por sus transgresiones intencionadas, en el pensamiento o en la acción, de los preceptos del Decálogo, no afectándonos las faltas en que no intervenimos directamente, aun cuando estemos al servicio de un sistema social injusto y, en cuyo nombre, se comenten frecuen-

(6) Op. cit., Madrid. «Rev. de Occidente», 1952, págs. 213, 219 y 231.
(6 bis) C/r. LINO RODRÍGUEZ ARIAS B.: *La obligación natural*. Madrid, 1953, págs. 121 y s.

(7) Op. cit., págs. 77, 78 y 213.

temente injusticias con el prójimo. Por este procedimiento comunitario la responsabilidad del cristiano se objetiviza, no pudiendo ser indiferente para él la desgracia en que viven sus semejantes por culpa de un régimen económico de explotación al que hasta ahora servía fielmente, por creer que su conciencia no pecaba cuando se limitaba a cumplir las órdenes injustas de sus superiores de profesión. Porque, hoy día, según estas nuevas direcciones del cristianismo, la convicción religiosa hay que demostrarla no sólo en la observancia del culto externo y en la vida interior, sino también en la proyección social que nos compete como miembros activos de la comunidad política, por lo que tanto faltamos a la Ley de Dios por comisión como por emisión en nuestras actividades privadas o públicas, profesionales o políticas.

Así, se aumentaría la sujeción del principio de libertad al de la conciencia del deber, ley que previamente nos grava. Por eso mismo, buscando la dependencia de aquél respecto de éste, se rodea de mayores seguridades al orden social, puesto que toda libertad que no esté fundada sobre Dios, es demasiado débil y expuesta a desviaciones (8).

Porque, sólo cumpliendo cada uno con sus deberes se puede gozar de una auténtica libertad y de una paz social, en cuanto que negada la libertad se rompe la solidaridad, imprescindible para una convivencia asentada sobre sólidos cimientos. Decía Pío XII, en su mensaje de Navidad de 1942, que «el origen y el fin esencial de la vida social deben ser: conservar, desarrollar y perfeccionar la persona humana, ayudándola a actualizar como se debe las normas y los valores de la religión y de la cultura, asignadas por el Creador a cada hombre y a la humanidad, en su conjunto como en cada una de sus partes». Alcanzar este nivel social de vida espiritual, supondrá restar hercicidad a aquellas personas que se propongan vivir conforme a los cánones religiosos, cooperando así el ambiente, en buena medida, a que el hombre pueda perfeccionar su personalidad, lográndose, según las palabras del Dante, que se encuentre en el mundo como los peces en el mar. Pues le asiste la razón a Etienne Gilson, cuando nos dice que hay cristiandad allí donde hay civilización cristiana, y ésta no puede existir cuando no se da previamente un pensamiento cris-

(8) ADRIANO BERNAREGGI: *Principios fondamentaux pour l'action des intellectuels catholiques dans le monde*, en «Les intellectuels dans la chrétienté». Roma, 1948, 28.

tiano. En una palabra, el pensamiento y la civilización cristianas son el alma misma donde nace y vive el cuerpo de la Cristiandad ; esto es, requieren que los pensamientos, las costumbres e incluso las leyes, estén orientadas hacia la realización de lo que se ha denominado «humanismo integral», en sazón de que una tal civilización asegura a cada hombre, a cada pueblo, toda la perfección natural de la cual es capaz, orientándole hacia el fin sobrenatural donde la Iglesia de Dios le conduce (9).

Podemos, por tanto, diferenciar los términos de cristianismo mundo cristiano haciendo referencia con este último al orden, no de la religión misma, sino de la civilización y de la cultura, que afecta a las responsabilidades temporales de los cristianos, por cuanto su misión es trabajar entre las gentes en una realización social de las verdades evangélicas, ya que si el Evangelio concierne ante todo a las cosas de la vida eterna y trasciende infinitamente de toda sociología y de toda filosofía, nos da —no obstante— las reglas soberanas de conducta de nuestra vida y nos traza un cuadro moral muy preciso de nuestra conducta aquí abajo, al que toda civilización cristiana, si quiere merecer este nombre, debe tratar de conformar la realidad social-temporal, según las diversas condiciones de la historia (10). Tiene razón Marx, cuando nos dice que la sociedad capitalista es una sociedad anárquica, en que la vida se define exclusivamente como un juego de intereses particulares. Por eso, adquiramos conciencia de las exigencias divinas sobre la vida terrenal aspirando a su transfiguración ; es decir, una transformación perpetuamente recomenzada y profundizada, hasta la transfiguración final, cuando la carne resucite, tendiendo a acabar con el dualismo de un ritmo religioso, para las cosas de la Iglesia y el culto, y otro naturalista, para las cosas del mundo y de la vida profana (11), conforme ha venido sucediendo hasta el presente en la sociedad humana.

He aquí, ahora, la necesidad de que haya cristianos que se pongan a elaborar un sistema jurídico temporal coherente con la doctrina del Evangelio, mientras que otros, imbuídos de un sentido práctico, lo sepan ardientemente llevar a su realización ; pues se trata de crear los esquemas de una sociedad levantada sobre nuevas bases,

(9) *Les intellectuels dans la chrétienté*, págs. 164 y 165.

(10) MARITAIN : Op. cit., págs. 53-54.

(11) MARITAIN : Op. cit., pág. 89.

de estructurar jurídicamente la nueva edad que amanece. Observemos que el orden jurídico liberal no tenía propiamente por código el racionalismo; pero, sin embargo, se regía por un sistema de leyes inspiradas en el espíritu de aquella filosofía; de igual forma, el orden comunista no se puede decir que tenga por código el materialismo, que implica un conjunto de principios filosóficos, mas sus disposiciones se han elaborado conforme aquella filosofía. Por ende, no se trata de que este orden nuevo que propugnamos tenga inmediatamente por código el Evangelio, sino lo que es menester llevar a cabo es una proyección social de sus grandes fórmulas teóricas y morales (12).

Esto ha de ser así también porque una organización humana de la vida económica presupone una organización jurídica y social conforme con la dignidad de la persona individual y del bien común. Por el contrario, hasta ahora, fuera de la legislación colectivista producida al margen de los Códigos civiles, éstos siguen la hechura francesa individualista y pagana, en los que apenas se toma en consideración a la familia y al obrero, pareciendo que hubiesen sido dedicados, como escribía Renán, a regular la conducta de un niño de la inclusa que habría de morir soltero. Toda nuestra tendencia comunitaria va dirigida a imprimirles un sentido netamente social sin despersonalizar al individuo, en razón de que no se debe perder nunca de vista la primacía de lo humano, pues la sociedad fué creada para el hombre y no viceversa (13).

Por estas causas, hemos de tender hacia una estructura jurídica pluriforme que responda a un sistema institucional, en tanto en cuanto —como dice Ortega y Gasset— las instituciones están tendidas entre individuos y grupos como resortes y muelles de la solidaridad nacional (14), orientándole, aun en sus grados más imperfectos y más alejados del ideal ético-cristiano, hacia la perfección del Derecho natural y del Derecho cristiano (15).

(12) P. LOMBARDI: Op. cit., págs. 250 y 251.

(13) A. GOUX: *Hacia un orden social más humano*. Barcelona, traducción española, 1953, 414.

(14) *La España invertida*. Madrid, «Rev. de Occidente», 1952, 64.

(15) MARITAIN: Op. cit., pág. 182.

5.—LA POLÉMICA ENTRE LEONI Y CARNELUTTI SOBRE LA EXISTENCIA DEL DERECHO CRISTIANO.

A pesar de que el público ha aceptado sin sorpresa el uso del adjetivo cristiano unido a substantivos de significado político (como por ejemplo la democracia), de que han surgido recientemente asociaciones de juristas católicos, casi expresando o sugiriendo la idea de que existe un sistema jurídico de esta orientación doctrinal, se ha sometido la cuestión a una viva polémica en Italia entre Bruno Leoni (16) y Francesco Carnelutti (17).

Para el profesor Bruno Leoni se plantea lo que él denomina «el milenario dilema»: o ser sólo cristianos y renunciar a vivir en una sociedad organizada, o participar en ésta y aceptar métodos y principios de organización (económicos, jurídicos, políticos) que no pueden, sin incoherencia, derivarse directamente de las enseñanzas fundamentales de Cristo. Añade el autor italiano que no hay un sistema jurídico cristiano, ni existe una doctrina que pueda identificarse, de manera precisa y unívoca, como escuela católica del Derecho. «Sería inexacto —agrega— e impropio hablar de una idea cristiana del Derecho... por cuanto es imposible hallar tal idea entre los principios del cristianismo; menos aun es posible deducirla con rigor lógico de dichos principios». Así, pues, el cristianismo viene a ser «ajurídico» o, mejor todavía, «antijurídico» (18).

De esta forma no se emplea el concepto de antijuricidad en el solo sentido de contraste, sino de repudio de la idea misma de Derecho. Se dice que el Evangelio, en realidad, «tiende más a negar el valor del Derecho que a dar reglas jurídicas»; la religión cristiana «ha hecho pedazos todo esquema jurídico». El mensaje de Jesús no sería, pues, contrario tan sólo al Derecho mosaico o romano o cualquier otro ordenamiento jurídico, sino, en general, a cualquier sistema de derecho y a la misma idea de éste.

Sin embargo, puede existir históricamente un Derecho cristiano, como derecho positivo del Estado, en el sentido de ordenamiento ju-

(16) *Il cristianesimo e l'idea del diritto*, en «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 55, 1949; págs. 427-444.

(17) *Valori giuridici del messaggio cristiano*. Padua, CEDAM, 1950.

(18) JESÚS TORAL MORENO: Recensión en la «Rev. de la Fac. de Derecho». México, 1951. I, 303.

rídico que se inspire en los preceptos cristianos, está fuera de duda, como demuestra la experiencia histórica. No dudo, en efecto, en calificar de romano-cristiano, más que de romano-helénico, el Derecho que nace de las leyes de Constantino a Justiniano, pues el hecho de que esas leyes no sean íntegramente cristianas y sí sólo en cierta medida, no resta valor a nuestro aserto.

Nada tiene, pues, de extraño, que el jurista católico, en la creencia de que el mejor ordenamiento es el que responde a los dictados del Evangelio y a las enseñanzas de la Iglesia, lo intente traducir en Derecho positivo, de la misma forma que el jurista que rechaza la religión cristiana y considera al Derecho cristiano al mismo nivel que cualquier ordenamiento humano, se puede servir de él en el aspecto de la comparación jurídica y, por ello, inspirarse en sus normas como en las de cualquier otro Derecho. Así, el Prof. Santo Passerelli, presidente de la «Associazione giuristi cattolici italiani», en la Segunda Asamblea Nacional de Juristas Católicos Italianos, celebrada en Roma del 30 de octubre al 1.º de noviembre de 1950, afirmaba, que la función del jurista católico entra en juego «apenas la interpretación y la aplicación se remiten a una prudente valoración de factores extralegales», porque los juristas —añade—, «tienen, sin embargo, otra tarea que cumplir, no menos importante desde el punto de vista social que las precedentes, y es la preparación de la renovación del Derecho, y aquí la inspiración e ideología tienen una función determinante» (19).

Es evidente que la Iglesia Católica nunca consideró ajena a su fin la función de ofrecer normas de conducta en la órbita humana, aun en aquellas relaciones disciplinadas por las leyes del Estado, como demuestra el conflicto históricamente seguro entre normas estatales y cristianas. Además, el pensamiento de los últimos pontífices acerca del particular es claro y preciso. Prescindiendo de la encíclica «*Rerum novarum*», de León XIII, en el año 1891, y de la «*Quadragesimo anno*», de Pío XI, en 1931, este mismo Papa en la «*Divini Redemptoris*» decía que «la Iglesia, en el cumplimiento de su misión, mientras mira a la felicidad eterna del hombre, trabaja también inseparablemente para su felicidad temporal». El Papa actual, Pío XII, el 23 de enero de 1947, afirmaba aún más tajantemente a los grupos italianos del Renacimiento Cristiano: «querer trazar una línea divisoria entre

(19) Reseña de la Asamblea en «*Iustitia*», 1950, fascs. 11-12, pág. 107.

vida sobrenatural y natural, entre Iglesia y mundo, como si nada tuviesen que ver entre sí, como si los derechos de Dios no tuviesen valor alguno en toda la multiforme realidad de la vida cotidiana, humana y social, es completamente ajeno al pensamiento católico, y es abiertamente anticristiano. Es necesario por parte de la Iglesia misma una acción tenaz, perseverante, para reconquistar y someter todos los campos del vivir humano al suavísimo imperio de Cristo. Eso es lo que debe entenderse por Reino de Cristo».

Dios ha creado el mundo y puede también destruirlo con el mismo «fiat» con que lo creó, pero lo creado sigue una ley que El mismo impuso; pues la omnipotencia divina no anula la ley moral que Dios ha revelado a los hombres, sino que supone ejercicio de la caridad. La teología enseña a poner la caridad al lado de la justicia, casi como elemento integrante de ella; la justicia es la regla, la caridad es la moderación. Por tanto, la caridad no anula la juridicidad de la norma, sino la completa, porque Jesús no deroga, sino que perfecciona la antigua ley. Pues dijo Jesucristo: «No penséis que vine a destruir la ley o los profetas; no vine a destruir sino a dar cumplimiento. Porque en verdad os digo: antes pasarán el cielo y la tierra, que pase una sola jota de la ley.» (Mateo, v, 17-8.) Con toda evidencia, en este lugar, dentro del concepto de «ley», está comprendido el orden jurídico (20).

Por ejemplo, en la parábola de los trabajadores, en la que se ha querido encontrar una clara manifestación de la voluntad divina, se trata de la aplicación de la ley del amor, y la cuestión se plantea en términos jurídicos. A los que murmuraban «adversus patremfamilias», éste no sólo contesta reafirmando su poder (*aut non licet mihi quod volo facere*), sino que añade a quien se lamentaba: «non facio tibi iniuriam» (Matth, 20, 15). Otro tanto podemos decir respecto a la parábola del hijo pródigo; a la recriminación del hijo mayor, el padre responde justificando su conducta no sólo al proclamar su poder autoritario y absoluto, sino también alegando el cumplimiento de un deber: «epulæ et gaudere oportebat quia frater tuus mortuus erat et revixit, perierat et inventus est». Estos y otros ejemplos son aplicación de las leyes del perdón y la caridad. Todo esto no excluye la juridicidad, del mismo modo que en la órbita humana no la hace desaparecer la posibilidad de indultos y amnistías.

La misma célebre respuesta dada por Jesús a los fariseos que le tentaban, «dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios», que, en todo tiempo y con diverso valor se ha considerado como la directriz de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, no significa contraposición entre juridicidad de la esfera mundana y no juridicidad de la divina, sino diversa jerarquización entre ellas, aun quedando siempre en el ámbito de lo jurídico; pues esta frase no contiene una separación pragmática y predeterminada, sino sólo provisional y contingente, un dualismo, que debía terminar siendo superado con el triunfo de la Ley de Dios sobre la del César.

Miguel de Unamuno, por el contrario, entiende que la frase «dad al César», equivale dar al mundo, a la sociedad, el dinero, y «a Dios», el alma, que ha de resucitar en el cuerpo, con lo que se sacudió todo problema económico-social. El que había dicho, es más difícil que entre un rico en el reino de los cielos que el que pase un camello por el ojo de una aguja, y mostró que su buena nueva nada tenía que ver con cuestiones nacionales, temporales o de este mundo (21).

Con todo, es menester reconocer en contra de la posición unamuniana, que, junto a los dogmas, paulatinamente declarados por la Iglesia, encontramos todo un sistema de normas reguladoras de las relaciones humanas, no diversas en su estructura formal de las del Estado. ¿Podemos decir que la noción abstracta de delito sea distinta de la de «peccatum», sólo porque la esfera de este último afecte también a las relaciones con la divinidad? O que, ¿la pena divina, sean conceptualmente diferente de la estatal por el hecho de contemplar la vida futura y aplicarla Dios y no jueces de toga? ¿El precepto mosaico no matar, no robar, no cometer adulterio, literalmente repetido por Jesús, debería ser jurídico cuando lo proclama Moisés y no jurídico cuando lo dice Jesús en los mismos términos, cuando ambos derivan siempre, aunque en grado diverso, de Dios? Además, nadie ha negado nunca carácter jurídico a la disposición de muchos códigos modernos que sancionan el principio de la irdisolubilidad del matrimonio; y entonces, ¿por qué debería ser no jurídico el principio análogo que encontramos en la Sagrada Escritura? Otra cosa es, para los positivistas, quienes no creen en otro derecho que el que emana del Estado.

(21) *Ensayos*. 1951, I, 988.

Si (como quiere Radbruch) el cristianismo fuera «una pura y anárquica comunidad de amor», exenta de toda coacción colectiva y de todo elemento externo, el matrimonio cristiano sería esa cosa miserable que llaman «amor libre». Más aún: no sólo se admite la existencia del orden jurídico, sino que Cristo estableció una organización (la Iglesia) que es una comunidad espiritual, pero también un cuerpo legislativo y judicial (por ejemplo, Mateo, XVI, 19; XVIII, 17-8; XVIII, 18-20) (22).

En su consecuencia, la predicación evangélica en sí es un sistema jurídico no distinto en su estructura de cualquier ordenamiento humano, ya contenga normas precisas y taxativas como al acoger el Decálogo, ya presente una orientación general de la conducta humana, como es el precepto del amor. Puede tener las más variadas manifestaciones en las diversas épocas históricas y según las distintas relaciones; pero es universal. Y, no sólo contiene sistema jurídico, sino también indicaciones de método, puesto que, en oposición a la interpretación literal de los fariseos, presenta el elemento equitativo, la moderación, la consideración a la finalidad del sistema y de cada una de las normas, sin las que no es posible construir ninguna ciencia jurídica (23).

6. PRINCIPIOS BÁSICOS DE ESTE ORDEN CRISTIANO.

No se puede desconocer que el Derecho por nosotros concebido ha surgido de la renovación que el cristianismo ha aportado a la civilización, reconociendo la libertad humana y liberando al hombre, ya sea del dominio de su patrono, sea de la «potestas» del padre o del marido, sea de la servidumbre del destino antiguo, del «fatum». Afirmando la libertad del hombre se han fundamentado los derechos de la personalidad individual y social. He aquí por qué, la condición jurídica que en Roma se reservaba a los ciudadanos (civis), se extiende después del triunfo cristiano a todos los hombres, de suerte que el Derecho civil, en lugar de ser un privilegio, pertenece a toda la humanidad. La distinción entre peregrino, esclavo y hombre libre, ha desaparecido después que el cristianismo ha considerado a todos

(22) TORAL MORENO: Op. cit., 304.

(23) Cfr. ampliamente sobre la materia, Biondo Biondi, *Arte y ciencia del Derecho*. Barcelona, trad. esp., 1953, págs. 212-255.

los hombres como personas, teniendo derecho a todos sus atributos, en cuyo rango primero está la libertad individual, con sus consecuencias de derecho privado: matrimonio, contratos, propiedad, responsabilidad civil (24).

Pero esta emancipación religiosa y social del hombre no supone desconocimiento de la importancia de los factores colectivos en la moral cristiana. Es evidente que se debe tener en cuenta la teoría de la reversibilidad de los méritos, y, por consiguiente, en una cierta medida, de la reversibilidad de las faltas, en la medida del dogma del pecado original. Además, al venir el cristianismo a proponer al hombre fines espirituales, no sólo se le sitúa por encima de las metas temporales de la sociedad civil, sino que se le vincula espiritualmente a los demás miembros del reino de Dios mediante las construcciones de la Comunión de los Santos o del Cuerpo Místico de Cristo.

Sin embargo, estos factores colectivos en la religión y en la moral cristianas, colaboran al fin esencial que incumbe a cada uno de los individuos, cual es la salvación de su alma, para lo que tienen necesidad de ser colocados en las mejores condiciones a fin de alcanzar su salvación eterna. Por eso, cuando la Iglesia defiende la vida y el decoro de las instituciones lo hace mirando por la salud de sus miembros integrantes, considerándose que las colectividades, por conformes que sean al orden natural, no son más que una yuxtaposición de individuos —en el plano espiritual—, en la que éstos son los únicos sujetos de la moral. Precisamente Saleilles, en su *Personnalité juridique*, se refiere a la cuestión de si se podría dictar sentencia de excomunión contra un colegio o una corporación, diciéndonos que presentada al Papa Inocencio IV resolvió negativamente, alegando que ella no puede extenderse más que a las almas, de la que carecen las corporaciones.

De aquí que Jacques Maritain, en su libro *Primauté du spirituel*, siguiendo a Santo Tomás, escribe: «La ciudad terrestre es ordenada al bien común temporal, que no es sólo el orden material, sino también y principalmente el moral: la vida humanamente virtuosa de la multitud reunida en un cuerpo social: «communicatio in bene vivendo». Porque, en la vida humana se subordina la ordenación del hombre a su último fin, que es sobrenatural, y no puede ser logrado

más que en Cristo. El bien de la ciudad debe, pues, ser ordenado a este fin sobrenatural, que es el de cada hombre en particular; la sociedad civil debe perseguir el bien común temporal, conforme éste ayude a los hombres a conseguir su vida eterna.»

Se puede, pues, decir que el Derecho, en la medida en que es una creación de la sociedad política, está ordenado al bien espiritual de los individuos que la integra. Cuando la Edad Media avanza, y se ven aparecer las primeras manifestaciones de la creación de los grandes Estados en Europa, la filosofía escolástica se dedica, a través del estudio de los escritores de la antigüedad, y especialmente de Aristóteles, a sistematizar el pensamiento cristiano sobre el Estado y el Derecho. Tal es, sobre todo, el fin perseguido por el gran doctor de la Iglesia Santo Tomás de Aquino (1225-1274), cuya *Summa Theologiae* le ha valido un gran renombre. El Aquinatese admite con Aristóteles que el Estado es un grupo natural y necesario; que el hombre nace para vivir en sociedad; que el deber estatal es velar por el «bien común» de sus miembros; pero el Estado no puede oponerse a la Iglesia, porque dejaría de ser un poder legítimo, pues el poder divino es de carácter superior al temporal.

Otto von Gierke, en el siglo XIX, nos dice que la doctrina predominante en la Edad Media permanece fiel a la orientación germánica, según la cual el Derecho tiene, por su origen, rango de paridad con el del Estado, no teniendo que depender de éste para su existencia, por cuanto la misión estatal consistía en realizar la idea del Derecho, que había sido dada al hombre antes que tuviese un poder terrestre, por el que no podía ser modificado. Por ende, el cristianismo tiene del individuo un valor absoluto e inmortal, concepto que él revela al mundo y que el germanismo comprende en toda su profundidad. De este modo, al hombre se le reconocen derechos innatos e indestructibles (25).

No obstante, en la organización de la sociedad temporal la filosofía escolástica pone en primer plano la noción del «bien común», que ya se encuentra en Aristóteles (26); pero, sobre todo, en la Edad Media, en la que es desarrollado dicho concepto, constituyendo en la actualidad el fundamento de la filosofía social cristiana, cuyos materiales de esta doctrina pueden hallarse en la obra de Santo Tomás.

(25) MARCEL WALINE: *L'Individualisme et le Droit*. Ed. Domat, 1949, páginas 35-40.

(26) *Metaphysique*, VII, 4; *Morale*, VIII, 9.

Lo importante de esta concepción es que propugna una integración de los intereses individuales y del interés general; esto es, afirma de un lado el derecho fundamental de la persona humana, que debe ser respetada en su dignidad, y, de otra parte, la necesidad del respeto de la autoridad pública, sin la cual toda vida en sociedad sería imposible. Condena, a la vez, la libertad ilimitada del individuo y la soberanía absoluta del Estado, negándose a tomar como punto de partida una u otra de estas bases, porque la noción que abarca toda la vida social es la del bien común, en razón de que si éste desaparece no es concebible la existencia de ningún bien particular (27).

De esta forma, reviste capital importancia la proyección de estos principios ideológicos, en el problema de la distribución de la riqueza, porque no puede haber orden social sin un previo orden económico. Que cada hombre de buena voluntad y laborioso, y todo joven incapaz para el trabajo, tengan asegurados el derecho de vivir disponiendo de los bienes imprescindibles y necesarios mediante una justa distribución de la producción de los bienes. Para conseguir esta etapa la humanidad habrá de suprimir todas las ganancias abusivas, considerándolas como actos antieconómicos, en razón de que desde el punto de vista social no son instrumentos de producción sino de repartición defectuosa, lo que ha llevado a considerar el trabajo del hombre como una reminiscencia de la esclavitud, convirtiendo al salario en un medio de sometimiento a la servidumbre, cuando la única fuente de riqueza y el modo exclusivo de adquirir la propiedad debe ser el trabajo humano.

Hay que incorporar los obreros a las empresas económicas, rodeándoles de una seguridad profesional y de un patrimonio vital que les hagan sentirse solidarios de las responsabilidades familiares, profesionales y sociales. Sólo así podremos alcanzar la etapa de comunión espiritual precisa para llevar a cabo una estructuración de la sociedad con arreglo a los cánones de justicia que ha de presidir este nuevo alborar en la Historia, en la que el cristianismo volverá a irrumpir triunfalmente, como lo hizo cuando la venida de Jesucristo, trayendo a los espíritus junto a la redención religiosa la económico-social que tanto necesitan, borrando de esta manera de los anales históricos los efectos perniciosos que nos legó la Revolución francesa, movimiento de masas provocado por las injusticias de un sis-

(27) PAUL, ROUBIER : *Théorie générale du Droit*. París. 1951, págs. 130-133.

tema social que fué derrocado por la burguesía, cuyo concepto y ordenación de la vida chocan irremisiblemente con el modo de ser cristiano.

7.—CLASIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES CIVILES

Puesto que hemos advertido en el Derecho la presencia de un poder social coexistiendo con un poder individual, ello nos conduce a contemplar al hombre polarizada su vida en una dual actuación: girando su actividad, principalmente, alrededor de un grupo social, o, en especial, sobre sí mismo. En este caso, la voluntad propia, el yo, dirige, comprueba y examina la conveniencia de la actuación según el fin individual, aun en medio de las limitaciones sociales; mientras que en su primera e íntima presencia comunitaria la actividad del hombre es dirigida, comprobada y examinada por la autoridad del grupo al servicio del bien colectivo. El yo queda subordinado, adherido a lo nuestro, la idea que representa el bien común. Esto nos autoriza —con la autoridad de una realidad constatada— a una distinción en el vivir humano: el hombre-voluntad y el hombre-miembro, distinción participante de la misma naturaleza humana a propósito de los fines individual y social, y de su conexión (28).

Por consiguiente, nosotros partimos en toda nuestra concepción jurídica de la naturaleza orgánica del hombre que lleva el sello de la necesidad y de la persistencia formando una comunidad (29); es decir, del hombre como miembro enmarcado en instituciones que representan la categoría de la duración, de la continuidad y de lo real (30). O sea, dentro de la sociedad, la coordinación de los sujetos del Derecho, la persona institucional y la persona individual, el hombre-miembro y el hombre-voluntad, la persona y el grupo o institución o comunidad (31).

Luego el Derecho civil, que abraza el ciclo de la vida del hombre desde antes de nacer hasta después de su muerte (he ahí nuestro derecho de filiación girando en torno del hecho de la concepción del

(28) V. nuestro trabajo, en colaboración con Ismael Peidro, *Teoría del Deber jurídico y Derecho subjetivo*. «Rev. Legisl. y Jurisp.», 1948. 257 y siguientes, y separata, con presentación de don José Castán.

(29) SAVIGNY: *Sistema*. Trad., 1878. I, 230.

(30) HAURIOU: *La Théorie de l'Institution et de la fondation*. Cahiers de la nouvelle journée, 1933, 89.

(31) RUIZ GIMÉNEZ: *Op. cit.*, pág. 320.

nuevo ser, para clasificar, según ésta, sus relaciones familiares), regula con precisión los diferentes estadios que éste va ocupando en la sociedad a través de las diversas comunidades de que es miembro, esencialmente de la familiar que le integra y totaliza como ser moral, sociológico y jurídico.

De aquí que el concepto central del ordenamiento positivo sea el deber jurídico, carga objetiva que grava al hombre a lo largo de su vida en los diferentes «status» que ocupa en la misma (familiar, profesional, social), proviniéndole de esta integración jerárquica sus derechos —en contraposición a la relación de deber—, a ejercitar frente a los otros miembros de las comunidades o frente a terceras personas o grupos. En este momento nos hallamos ante el hombre-voluntad, que busca el hacer, el incrementar su «patrimonio», base de su subsistencia y poderío económico, relacionándose, ora directamente con los otros hombres o grupos, ora directamente con las cosas.

Es obvio que estas relaciones personales no son totales respecto al individuo (nota que las distingue de las de índole familiar), sino que sólo recaen sobre alguno o algunos de sus actos —prestación—, dependiendo de la libre iniciativa individual y revistiendo el carácter de temporalidad.

Este lazo civil de la relación obligatoria, que por otra parte llena el gran mundo de su vida, le sirve para obtener una utilidad del servicio y de las cosas de los otros hombres en provecho de su patrimonio. Únicamente sobre éste puede proyectarse su personalidad de manera íntegra y total.

En el derecho de obligaciones, se ha mitigado el antagonismo de las partes contratantes al subordinarle a la «idea de cooperación» —como ya dijimos—, notándose que por cima de los intereses particulares se halla un interés general, que ha de tener siempre presente el hombre cuando actúa, subordinando sus necesidades a la idea directriz, que en este caso concreto es el bien de la comunidad.

Así, el hombre, con posterioridad a su vinculación estatutaria, se relaciona con sus semejantes para subvenir a sus necesidades espirituales y materiales, cooperando en cada uno de sus actos al bien social.

Por otra parte, el ejercicio del poder individual sobre las cosas nos lo encontramos, actualmente, ostensiblemente más limitado que en el Derecho romano, pues la institución de la «ocupación» como modo

de adquirir la propiedad ha sido justamente relegada a un segundo plano, para dejar paso a la actividad laboral del hombre como instrumento primordial para la adquisición de un título estatutario: la propiedad de un patrimonio (derechos, cosas, bienes). O sea, el hombre—repetimos—, como dueño del mundo exterior, encuentra profundamente limitado su poder de dominio, en provecho de las necesidades de los otros hombres y de la propia sociedad, hasta el punto de que nos aparece más exactamente como un mero administrador de su patrimonio en nombre de la comunidad. Por eso, más que hallarse en posesión de un derecho absoluto y perpetuo sobre el mismo, la realidad nos dice que no pasa de tener un carácter general e independiente.

Más importancia han adquirido en la actualidad el poder sobre las cosas muebles —sujetas constantemente a transacciones—, y sobre los bienes intelectuales (32), que comprenden el derecho real que recae sobre la utilidad que reporta el esfuerzo de nuestra inteligencia (invento, obra literaria, marcas, etc.).

Habida cuenta de lo expuesto, es fácil ya colegir cómo en el ordenamiento jurídico ha venido a tomar relevancia una categoría nueva de derechos —los estatutarios—, a la vez que los Derechos reales se han visto desplazados por el Derecho de obligaciones, dada la importancia del principio de «cooperación».

Luego, ya podemos agrupar a los derechos, fundamentalmente, en tres categorías: estatutarios, subjetivos y potestativos. Concretando más aún, podemos reducirlas a una dualidad, puesto que los derechos potestativos responden a una segunda clasificación de derechos subjetivos (ver nuestro trabajo «El deber jurídico», pág. 53), que a su vez pueden recaer sobre las personas u otros sujetos de derecho (derechos de obligación), o sobre las cosas (derechos reales), o sobre los bienes (derechos intelectuales), que son asimismo una subcategoría de los derechos reales. Y, finalmente, todos estos derechos se agrupan en dos clases: morales y patrimoniales. Distinción que al igual que la de lo individual y lo social, no es tajante, sino que se entrecruzan, aunque siempre una de ellas resalta sobre la otra: así, el carácter moral en los estatutarios, y el patrimonial en los subjetivos, existiendo un cierto equilibrio, entre lo moral y lo patrimonial, en los derechos intelectuales.

(32) V. nuestra tesis, *La naturaleza jurídica del Derecho intelectual*, en la «Rev. de Derecho Privado». Madrid, septiembre y octubre, 1949.

He aquí por qué los primeros derechos de que se inviste al hombre son estatutarios (derechos familiares o cuasi familiares, en un sentido lato), y sólo en la consistencia de éstos, por su carácter absoluto, puede apoyarse para hacer uso de sus derechos subjetivos frente a los demás hombres y grupos, ligándose transitoriamente (derecho de obligaciones).

Hay otra clase de derechos que se caracteriza, esencialmente, por establecerse una relación inmediata entre el hombre y la cosa o el bien, quien puede gozar de los mismos dentro de las limitaciones que exige el bien común. Esta clase de derechos encuentra su fundamento, no en cuanto sirven para satisfacer necesidades particulares, sino en que su disfrute y explotación repercuten en el bien de la comunidad, y por recaer directamente sobre la «res» se denominan derechos reales.

Todos estos derechos patrimoniales a la muerte de su titular se transmiten. Parte del contenido de los mismos pasa al Estado por medio de los impuestos indirectos, quien deberá distribuirlos equitativamente entre los miembros de la sociedad. Sin embargo, actualmente casi en su totalidad los bienes integrantes del patrimonio se transfieren con la cualidad de legitimario a poder de sus descendientes (derecho de sucesión).

Por último, siguiendo a nuestro maestro Hernández-Gil, consideramos que antes de entrar en el estudio de las disciplinas concretas del Derecho civil, sería conveniente dedicar una parte preliminar a la «teoría de las personas», comprendiendo tanto la individual como la institucional. Además, podría incluirse también todo lo referente al concepto del Derecho, fuentes y principios relacionados con la materia.

Concluyendo: la distribución de las instituciones que integran el contenido del Derecho civil —Persona, Familia, Patrimonio—, se ajustaría al siguiente orden:

1.º Teoría de las Personas, que comprendería la individual y la institucional (33).

2.º Derecho de Familia, que comprendería las relaciones personales y patrimoniales estatutarias.

(33) RUIZ GIMÉNEZ: *La concepción institucional del Derecho*. Madrid, 1944, 353.

3.º Derecho del Patrimonio, que se subdividiría en :

a) Derecho de obligaciones, incluyéndose todo lo relativo a las relaciones debidas a la iniciativa del hombre-voluntad.

b) Derecho de cosas, limitado a las que constituyen el concepto de la corporeidad.

c) Derecho de bienes, donde se comprenderían todos los derechos intelectuales.

4.º Teoría del contrato, donde se estudiaría la materia relativa a los contratos obligatorios y reales.

5.º Derecho de sucesión, como perpetuación, no de la persona de su titular, ni de su patrimonio, sino de la del vínculo familiar (34).

LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE

(34) V. nuestro trabajo, *La naturaleza jurídica del cónyuge supérstite en el Derecho español*, en «Rev. de Legisl. y Jurisp.». Madrid, sept., 1949.

Temas del Impuesto de Derechos reales

El aumento de valor obtenido por la comprobación administrativa de valores a efectos de liquidación de dicho impuesto, ¿puede originar por si solo un nuevo concepto contributivo?

Con una seguridad y una firmeza dignas de mejor suerte, el Reglamento vigente del aludido tributo inicia el capítulo en que regula la base liquidable, sentando (art. 60) el principio de que el Impuesto recae sobre el *verdadero valor* que los bienes y derechos tuvieron el día en que se celebró el contrato o se causó el acto.

A pesar de tan rotunda afirmación (que reitera en otros artículos, como los 80 y 81), ello no podía sostenerse. Aun recurriendo en todo caso de transmisión de bienes al medio extraordinario de comprobación, el de la tasación pericial, no podría decirse con toda seguridad que el valor así obtenido coincidía exactamente con el verdadero valor o con el precio en que los interesados estimaron (lo confesaron o no) los bienes; pues no estando previamente sometidos a tasa, las transacciones están reguladas por la oferta y la demanda, y en ellas influyen siempre las circunstancias de lugar, tiempo y situación de los interesados, imponderables, la mayor parte de ellos, que la Administración no pudo tomar en cuenta, al menos en concreto.

Por ello, el mismo texto reglamentario tiene después que admitir o reconocer (art. 61 y otros) que lo del *verdadero valor*, no pasando

de ser un buen deseo, es algo convencional, y que para el Impuesto se estima o se considera como tal al mayor valor que resulte al comparar, en la llamada comprobación de valores, el declarado por los interesados con el obtenido por aplicación de los elementos o medios de comprobación pertinentes, en cuyo examen no debemos entrar.

Pocas veces, en verdad, el valor declarado supera al fijado por la Administración. En algunas más coinciden uno y otro. Y lo más frecuente u ordinario es que el valor comprobado o fijado por el Fisco sea mayor que el declarado o confesado por los interesados, y que por ello aquél sea aceptado como base de las liquidaciones, pasando a constituir lo que en la técnica llamamos el «valor liquidable».

Cuando esto último sucede surge lo que también en la práctica liquidadora se llama un «aumento de valor», obtenido en o por la comprobación administrativa de valores, o sea, una diferencia en más, resultante de la comparación entre el valor declarado por los contribuyentes y el fijado en la repetida comprobación. ¿Y puede nacer de aquí, en todo caso, un hecho, o presupone un acto constitutivo de ocultación punible? ¿Qué otra resonancia o repercusión puede aquello tener en la liquidación del Impuesto de Derechos reales?

Por lo pronto esa presunta disminución u ocultación de valor, aun cuando se hubiere recurrido deliberadamente a la simulación, no constituye en el orden penal ordinario delito alguno de falsificación, como resolvió el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de mayo de 1927.

Tampoco en el aspecto fiscal, dentro del Impuesto que se considera, constituye acto punible o sancionable en ningún caso, cualquiera que sea la entidad de la ocultación del valor si el contribuyente, ya espontáneamente o ya en virtud de requerimiento, presenta alguno de los medios de comprobación (art. 223, núm. 3, del Reglamento). Y aun no dándose este supuesto, siempre existe un margen del 25 o del 10 por 100 del valor declarado, según los casos, no rebasándose el cual no incurre el contribuyente en multa alguna por ese motivo, por muy rebelde o recalcitrante que sea.

No podemos detenernos en examinar aquí aquellas medidas que ha tiempo se establecieron (y que hasta el presente dieron poco fruto), intentando atajar, en cuanto a inmuebles se refiere, las ocultaciones de valor. Me refiero a las insertas en el artículo 29 de la Ley y 228 de su Reglamento, por los que se concede derecho al Estado

de adquirir aquellos bienes inmuebles en que la ocultación punible del valor exceda del 25 por 100.

Pero aparte de lo antes expuesto, creo puede sostenerse que los repetidos aumentos de valor por la comprobación no causan una agravación o mayor dureza en las liquidaciones que hayan de practicarse, ni tampoco nuevos conceptos o motivos contributivos distintos a los del negocio jurídico sometido a liquidación.

Para convencernos de que así ocurre en la práctica, vamos a examinar someramente algunos de los más importantes negocios jurídicos de transmisión de bienes que con gran frecuencia son objeto de liquidación en nuestras oficinas.

Comencemos por la compra-venta: En ella existen (o pueden existir, no hay que olvidar que es contrato consensual) sendas transmisiones de bienes: una, la de la cosa vendida a favor del comprador, y la otra, la del precio, en que el adquirente es el vendedor. Ambos son apreciados por el Impuesto a que nos referimos, el que sujeta a tributación la primera y declara exenta la segunda (art. 6, núm. 6, del Reglamento). Esto último pasa tan desapercibido en la práctica, que los liquidadores nunca formulamos expresamente la oportuna exención, a menos que el pago del precio se constate en documento distinto al de la compraventa.

Hay que admitir que en la recíproca transmisión que la compra-venta presupone están equilibrados o nivelados (valga la frase) los valores de los bienes que cada parte recibe, o sea, que el valor de lo que se vende y su precio son idénticos, o lo que es igual, que son una y la misma cosa. Así se admite en la práctica liquidadora, y por ello en los expedientes de comprobación de valores, sean sumarios o de otra clase: al consignar el valor declarado se hace constar el precio.

Pero pudiera suceder, aunque sea anómalo, que en algún supuesto no coincidieran, en el mismo momento de que se tratare, el valor declarado y el precio. Si aquél es el menor, no se suscitaría problema fiscal alguno; pero si ocurre lo contrario, entonces parece indudable que la diferencia habría de estimarse como graciosa donación que el vendedor hace al comprador y liquidarse la misma como tal o como cesión gratuita. ¿Y pudiera intentarse aplicar análogo criterio en cuanto al exceso o aumento del valor obtenido por la comprobación de valores sobre el precio o valor declarado por los interesados? Creemos que no. A pesar de lo tentadora que pudiera resultar para los arbitristas la fórmula de estimar como donación ese aumento de valor,

ya que pudieran razonar diciendo que el *verdadero valor* de los bienes es el obtenido por la comprobación, y que si se vendió en menos es que se quiso beneficiar al comprador, no conocemos Oficina liquidadora alguna, ni de Delegación de Hacienda, ni de Registro de la Propiedad que haya puesto en práctica tal sistema. Sin embargo, algún competente comentarista (1) se pregunta si sería conveniente (a fin de evitar en parte la ocultación) el que en cuanto a esos aumentos de valor resultantes de la comprobación se tributara a más del comprador por el mismo vendedor. No lo estimamos admisible ni como donación, pues nunca hemos sido partidarios de obras de reparación parcial para remediar los males de un sistema tributario.

Igual que en las compras ocurre en las permutas y en las adjudicaciones o cesiones en pago de créditos. Cada adquirente contribuye según el valor y la naturaleza (mueble o inmueble) de lo que recibe, y ninguna diferencia de valor que acuse la comprobación puede motivar liquidación alguna especial por otro concepto contributivo distinto.

Del mismo modo ese aumento de valor por comprobación tampoco crea complicaciones de calificación fiscal en las cesiones de bienes a renta vitalicia ni en la constitución de los censos enfitéuticos y reservados.

En la aportación de un socio a la Sociedad no pueden ya suscitarse los problemas que se plantearon durante la vigencia (y aun después por inercia) del Reglamento de 20 de abril de 1911. Hoy, para que pueda nacer concepto de cesión a que se refiere el artículo 19, número 2, del vigente Reglamento, se precisa que, con arreglo al *valor declarado por los interesados*, sea mayor el valor de los bienes aportados a la Sociedad que el de la participación que a cambio recibe el socio aportante. Los tan repetidos aumentos de valor por la comprobación no causan aquí más liquidación que la procedente por aportación, como resuelven claramente las Resoluciones del T. E. A. C. de 10 de enero de 1933 y 6 de febrero de 1945.

En cuanto a las cesiones o renunciaciones a título oneroso, ha declarado la importante Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1952, que el aumento de valor resultante de la repetida comprobación de valores no puede estimarse en modo alguno

(1) BAS Y RIVAS, «Impuesto de Derechos reales y sobre transmisión de bienes». Vol. I, pág. 131.

como donación hecha al cesionario, ya que existe una contraprestación.

Lo mismo que en los examinados actos a título oneroso, debe de ocurrir en todos los negocios jurídicos en general que impliquen transmisión de bienes, aunque sean a título lucrativo, ya que como se declara en la citada Resolución de 1945, los aumentos de valor hallados por la Administración no pueden, natural y lógicamente, alterar la calificación jurídica del acto o contrato en que se realiza la transmisión. En las donaciones, aunque fiscalmente se les apliquen las normas de las herencias, cada donatario satisfará el Impuesto por el valor liquidable de lo que reciba. Lo mismo ocurre en la herencia cuando existe un heredero.

Pero ya las circunstancias cambian, fiscalmente, cuando se trata de sucesión hereditaria a la que es llamada una pluralidad de herederos.

Lo lógico, lo natural y equitativo sería que el aumento de comprobación que pudiera tener alguno o algunos de los bienes de la herencia se cargaren, a efectos de este Impuesto, sólo en la cuenta o en la hijuela del heredero o herederos que reciban aquellos en pago de su haber. Es lo que ocurre en toda transmisión en que hay varios adquirentes y el sistema que rige en todo tributo. Pero en este que estudiamos, por verdadera anomalía, no impera el dicho marinero que «cada palo aguante su vela».

La legislación de Derechos reales, desde remotos tiempos, tiene adoptado un sistema, inspirado en el consabido y constante temor al posible fraude o maquinación del contribuyente. Teme la Hacienda—nos dicen los comentaristas—que si entre los herederos existe alguno que deba contribuir por tipo de tributación más alto que los demás, sea a él precisamente a quien se le hayan adjudicado los bienes exentos, por razón de su situación, o aquellos otros que por su renta catastral o líquido imponible, o por otras circunstancias, tengan o puedan tener un menor valor comprobado, con lo que resultarían en conjunto beneficiados los herederos, en perjuicio de la Hacienda.

Para evitar esto dispone con carácter general el número 1.º del artículo 53 del Reglamento de ese Impuesto que en las sucesiones hereditarias, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerarán como si se hubiesen hecho con estricta igualdad (proporcional de lo bueno, mediano, inferior en bienes muebles o inmuebles y derechos, añadían los cuatro Regla-

mentos que precedieron al vigente), y en consecuencia, cualquier aumento que en la comprobación resulte o la exención que respecto de algunos bienes proceda, se prorratarán entre los distintos herederos.

Como excepción, sienta el párrafo 2.º del mismo precepto, que si los bienes exentos o en que resulte el citado aumento de valor por comprobación fuesen legados especialmente a persona determinada o adjudicados en concepto distinto del de herencia, los repetidos aumentos (¿y por qué no las exenciones?) *afectarán sólo* al que adquiera dichos bienes.

Como veremos después, hay otras excepciones con relación al cónyuge viudo, no recogidas en ese artículo.

Puede, por tanto, observarse que en las particiones de herencia rigen estos dos criterios fiscales diametralmente opuestos: Si se trata de legados específicos o de adjudicaciones de bienes que no sean netamente en pago de herencia, hay que atender sólo al valor liquidable de los *adjudicados* a cada interesado, pues *sólo a él afectan* los repetidos aumentos, y lo mismo los bienes exentos; pero si se trata de partición de herencia y de adjudicación en pago de la misma, no hay que mirar ya al valor de lo adjudicado (pues dice la norma que hay que prescindir de las adjudicaciones), sino al *haber* o *participación* en la herencia de cada heredero, ya que entre todos ellos han de prorratearse los aumentos de valor y la disminución por los bienes exentos, los cuales *no afectan* a este o aquel interesado en particular, sino a todos en proporción a sus respectivos haberes declarados, puede decirse. Y es que lo que cuenta en la herencia, se haya o no formalizado la partición, al liquidar ese Impuesto, es sólo el *haber* y no lo *adjudicado* al heredero, como así lo demuestra, además, todo esto: El epígrafe que lleva la Tarifa de las herencias; el artículo 3.º, número 32, de la Ley, y los artículos 6, número 32; 9, número 9; 24, número 11; 31, números 2 y 8, y 115, número 4, apartado 3.º, del Reglamento. En todos ellos se habla de parte alícuota de la herencia, porción hereditaria, haber de cada heredero y participación hereditaria de cada uno, etc., etc.; pero nunca del valor de los bienes que puedan llevar adjudicados.

Rige, por tanto, en las particiones de herencia, fiscalmente hablando, el principio o criterio de igualdad (mejor sería llamarlo de proporcionalidad), como lo proclama el párrafo 1.º del citado artículo 53. Es análogo al que impone el Código civil (art. 1.061) en cuan-

to a la calidad de los bienes, como norma a seguir, en cuanto sea posible, en la práctica particional hereditaria.

Nada tendríamos que oponer a ese criterio de proporcionalidad en el aspecto fiscal sino fuera porque establecido con carácter de generalidad, sin distinción de supuestos, se ocasiona a los interesados en muchos casos una evidente injusticia fiscal, y lo que es peor, sin que así lo exija una razón de orden superior o lo reclamen así los altos intereses de la Hacienda Pública. Y ello sin contar las situaciones anómalas a que el sistema da lugar.

Para demostrarlo fácilmente nos valemos de este sencillo supuesto.

A una herencia son llamados por iguales partes los tres herederos: A, B y C. Tienen todos el mismo parentesco con el causante, y la participación hereditaria de cada cual está comprendida en la misma escala o letra de la Tarifa de las herencias.

La herencia la integran sólo tres fincas: primera, segunda y tercera, valorada cada una por los herederos en 3.000 pesetas. Ascende, por tanto, el total de la herencia a 9.000 pesetas y a 3.000 pesetas el haber de cada heredero (para simplificar hemos prescindido del 2 por 100 por ajuar de casa).

Cada heredero, por su orden, lleva adjudicada en pago de su haber hereditario una de esas fincas, también por su orden.

Al ir el Liquidador de Derechos reales a preparar el acto administrativo de la liquidación se encuentra con todo esto:

Que la finca primera radica en territorio exento, y por ello está exenta del impuesto que estudiamos. (No vamos a dilucidar ahora si es preciso o no a efectos de timbre comprobar su valor; bástenos saber que el declarado sería mayor que el comprobado según su renta o líquido.)

La finca segunda tiene un aumento de valor por la comprobación de 600 pesetas, siendo, por tanto, su valor *liquidable* 3.600 pesetas.

En la finca tercera el valor declarado es mayor que el comprobado.

Aplicando al caso estricta y literalmente el párrafo 1.º del repetido artículo 53 para formar la base de las respectivas liquidaciones, hay que proceder de la manera siguiente:

Del haber *declarado* de cada heredero se deduce por aquel sistema de prorrateo una tercera parte del valor de la finca primera (la exenta), y queda reducido a 2.000 pesetas. A éste, también en cuanto a cada heredero, se le adiciona otra tercera parte del aumento de valor

por comprobación de la finca segunda (un tercio de las 600 pesetas), con lo que resulta que el valor total liquidable del haber de cada heredero asciende a 2.200 pesetas.

En la práctica ese prorrateo se simplifica dividiendo o repartiendo el *valor total liquidable* de la herencia entre los herederos en la proporción correspondiente.

¿Y qué resultaría, en definitiva, con la aplicación a nuestro supuesto del sistema que se estudia? Pues sencillamente, como veremos aseguida, algo anómalo, absurdo y completamente injustificado.

El heredero A aparece contribuyendo por derechos reales no por la finca que se le adjudicó, sino por parte del valor de las otras dos que llevan sus coherederos. Y agréguese a ello que el pago que haga no le libera de tener que contribuir después por un impuesto similar en Alava, Navarra o donde sea.

El heredero B, que lleva una finca que vale fiscalmente 3.600 pesetas, sólo tributa por una base de 2.200 pesetas.

Y el heredero C, a quien se adjudicó una finca estimada en 3.000 pesetas, sólo tributa también con relación a 2.200.

Y debe notarse además, por ser interesante, que en ese nuestro supuesto (al igual que en la mayoría de los que se presentan) la Hacienda hubiera percibido lo mismo que si se hubiese atendido a lo adjudicado a cada heredero.

Y es que el precepto examinado sólo pudiera tener razón de existir si como medida precautoria y oportunista (que es el sistema que ordinariamente se sigue en este impuesto) se aplicase sólo a los supuestos en que los tipos de tributación de los herederos fuesen distintos y en que además se diere la circunstancia de que el heredero gravado con el tipo más alto fuese precisamente a quien se adjudicaren bienes exentos, por su situación, o aquellos otros que tuvieren el menor valor comprobado, pues sólo aquí es donde pueden resultar perjudicados los intereses del Tesoro, pero no en los demás casos.

En algunas Oficinas Liquidadoras se sigue además una práctica inspirada (o coincidente al menos) con el criterio mantenido por los ilustres autores Rodríguez Villamil (2) y el citado Bas y Rivas (3).

(2) «Legislación de Impuesto de Derechos reales.» 1941, p. 102.

(3) Obra citada. Vol. I, p. 410.

Consiste ésta en que, una vez repartidos entre los herederos los aumentos de valor dichos, en la forma que vimos exige el texto reglamentario, el Liquidador, después, compara el haber liquidable, o base de liquidación, de cada heredero con el valor total también liquidable de los bienes que cada cual lleva adjudicados, y cuando éste excede de aquél gira además al heredero que se encuentre en tal caso otra liquidación por cesión onerosa de bienes, esto es, que esa diferencia la conceptúan como exceso de adjudicación.

Aplican a este supuesto el núm. 9 del artículo 9.º del Reglamento; pero, como ya intentamos demostrar en otra ocasión en esta Revista (4), dados los términos claros y precisos de esa norma, no parece pueda ser aplicada más que en aquellas particiones de herencia en que algún heredero lleve adjudicado más de lo que le corresponda por su haber o participación en aquélla.

Pero es que, a más de lo dicho en el lugar citado, cuando esas particiones no revelan o acusan los repetidos excesos de adjudicación, no le es posible, ni legal ni lógicamente, al Liquidador, hacerlos surgir del solo hecho de que exista algún aumento de valor en la comprobación administrativa por la sencilla razón de que teniéndolos que repartir proporcionalmente entre los herederos, según la parte de cada cual en el patrimonio hereditario, sigue mantenida la misma proporcionalidad entre éste y los haberes de cada heredero, que son los que hay que tomar en cuenta en definitiva para las liquidaciones, ya que el Reglamento, como vimos, ordena se prescinda de las adjudicaciones.

El Liquidador sólo ha de mirar a éstas por si de ellas resultare explícitamente algún concepto contributivo distinto del de la transmisión hereditaria, aunque ligado con ella como adjudicación para pago de deudas, adjudicación en pago, exceso de adjudicación, etc., etc.

Pero es que además, aunque se derogase el sistema vigente y se sustituyere por otro en que a los efectos dichos se atendiese no a los haberes de cada heredero, sino a los bienes que cada uno llevase adjudicados para pago de su parte en la herencia, sería, a mi juicio, preciso para poder conceptuar las diferencias de valor entre las adjudicaciones motivadas por la comprobación como excesos de adjudicación que así se declarase categóricamente por alguna disposición legal, ya que no puede perderse de vista que el de exceso de adjudica-

ción es un concepto relativo, o sea, que si en alguna partición algún heredero lleva adjudicado de más es precisamente porque otro u otros han percibido menos de lo que por su haber les corresponde, y de aquí la necesidad de los suplementos o compensaciones a metálico, como claramente reconoce el mismo Reglamento del ramo en sus artículos 6.º, núm. 14, y 31, núm. 6. Sería preciso también una declaración legal para que esos presuntos o pretendidos excesos de adjudicación pudieran ser considerados como cesiones onerosas de bienes, pues no existiendo en ellos compensación alguna habrían de estimarse, en otro caso, como cesiones a título gratuito.

En otro orden de ideas de la práctica a que nos venimos refiriendo se derivarían a veces consecuencias insospechadas. Así, aplicada al supuesto o ejemplo que antes presentamos, resultarían todos los herederos con un exceso de adjudicación, lo cual es imposible, al menos matemáticamente.

Y si todavía, al solo fin de encontrar fundamento alguno a esos presuntos excesos, se quisiera prescindir de las normas fiscales de la herencia y hacer sólo aplicación de las relativas a la división material de bienes, el resultado sería siempre el mismo.

Aunque en el orden civil la partición de herencia, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1943, se estimare como operación complementaria de la transmisión hereditaria que transforma los derechos indeterminados en individuales sobre bienes determinados, cabe que en el aspecto fiscal que estudiamos se la considere en sí misma aisladamente y se la conceptúe como una simple división material de bienes.

Admitamos antes de continuar que esta terminología fiscal es puramente convencional, ya que, como declara la Sentencia del Central de 11 de diciembre de 1951, no es indispensable, para que se estime que existe división material, se dividan físicamente los bienes, sino que basta con que se disuelva o cese una comunidad.

En el Reglamento de 20 de abril de 1911 se disponía (art. 18, número 25) que se liquidara por el concepto de disolución de sociedad la división material de las cosas poseídas proindiviso, excepto cuando tengan por objeto la partición de una herencia, legado o donación. De aquí se desprende que para la legislación de Derechos reales la partición de herencia, en sí misma considerada, no es más que una división material de bienes.

Lo mismo repitieron los Reglamentos que le siguieron de 1927.

de 1932 y de 1941 (art. 19, núm. 27), aunque refiriéndose ya a una o más herencias, legados o donaciones.

En el mismo precepto del Reglamento vigente la dicha excepción se refiere hoy a todos los bienes poseídos proindiviso que hayan sido adquiridos por título lucrativo en general. Se comprende en ella no sólo el caso de partición de herencia, sino el de cesación o extinción del proindiviso que pudiera haber nacido de aquélla o de cualquier negocio lucrativo.

De todo lo que antecede se desprende que la partición de herencia, en sí misma o como división de bienes, está equiparada fiscalmente a la disolución de sociedad, pero que es acto no sujeto al impuesto y que no lo devenga más que la transmisión hereditaria.

Y si al repetido fin de querer encontrar fundamento como materia especialmente liquidable a esos presuntos o «deducidos» excesos de adjudicación se quieren aplicar las normas fiscales atinentes a la disolución de sociedad, tampoco se hallaría su razón de ser, ya que el mismo Reglamento exige (art. 19, núm. 19), para que en la disolución de sociedad puedan ser apreciados tales excesos, que algún interesado lleve adjudicado más de lo que como socio tenía derecho.

En otro aspecto puede observarse que, ya se trate de partición de herencia, disolución de sociedad, cesación o disolución de condominio o comunidad de bienes, se produce siempre entre los interesados una especie de cambio, trueque o permuta de derechos, ya que cada cual cede a los otros el derecho que él tenía en los bienes comunes a cambio de la parte de aquéllos que recibe en propiedad individual o exclusiva. Y si en las permutas ordinarias o específicas, según expusimos el aumento de valor por comprobación, no provoca un distinto concepto liquidable, ¿por qué ha de ocurrir lo contrario en los demás casos análogos?

Por todo lo expuesto antes y ahora nos atrevemos a pronosticar que la práctica aludida, a pesar de las solventes firmas que la defienden o sostienen, habrá de quedar recusada tan pronto como los correspondientes Tribunales económicos o contencioso-administrativos tengan que «entender en el asunto».

Las otras dos apuntadas excepciones a la regla general contenida en el núm. 1 del repetido artículo 53 del Reglamento, en que se dispone, según vimos, el prorrateo entre todos los herederos de los aumentos de valor resultantes de la comprobación, son las contenidas en los números 6 y 7 del artículo 31 del mismo texto.

La nueva redacción dada al precepto del citado número 6 fué motivada por la unificación de tipos de tributación del cónyuge viudo, por su porción legítima y voluntaria, decretada por la Ley de 17 de marzo de 1945.

Aun cuando ese número 6 se refiere a toda forma de pago de la legítima viudal distinta a la del usufructo vitalicio, autorizadas por el artículo 838 del Código civil, sólo regula, en definitiva, el pago hecho, adjudicando a tal fin bienes en pleno dominio.

A más de otros mandatos que no interesan a fines de este estudio (algunos innecesarios, como los de que se liquide por el número 33 de la Tarifa; que no se practique liquidación por la nuda propiedad, ni en su día por extinción de usufructo), dispone que la liquidación al cónyuge viudo, en tal supuesto, se le gire por el *valor comprobado del pleno dominio de los bienes asignados*.

Resulta por ello que el aumento de valor que por comprobación puedan tener estos bienes afecta aquí sólo al citado cónyuge, en contra de aquella regla general, y parece lógico y natural que, por reciprocidad, el aumento también por comprobación que puedan tener los demás bienes de la herencia se prorratee sólo entre los demás herederos, quedando excluido de tal prorrateo el repetido cónyuge, lo cual también es otra excepción a aquella regla general citada.

Y no se explica en verdad esta excepción y cambio de sistema, el que además provoca dudas y confusiones en los supuestos de llevar en cónyuge adjudicado menos, o de más, de lo que le corresponda por su legítima, como advierten los comentaristas, y en cuyo estudio no podemos entrar.

El citado número 7 del mismo artículo se refiere a otro supuesto aún más especialísimo, por ser menos frecuente, como es el de que la legítima viudal se haga efectiva con bienes distintos a los que integren la herencia de que se trate. Dispone esa norma (que constituye una novedad del vigente Reglamento) que, a más de la correspondiente liquidación a cargo del cónyuge viudo por su legítima, se giren las que procedan a los herederos (se refiere a los demás distintos de ese cónyuge) como «adquisición onerosa sobre una *base igual* a la que hubiera correspondido al cónyuge».

También aquí se produce otra excepción a aquella repetida regla general del número 1 del artículo 53, pues es natural que los aumentos de valor por comprobación que puedan tener los bienes de la herencia no se carguen aquí a todos los herederos, sino que sólo se repar-

tan entre los otros herederos distintos al repetido cónyuge, y que éste, por tanto, quede excluido de ese reparto. Ello es cosa lógica, pero lo que ya no tiene fácil justificación es lo contrario, o sea que los aumentos de valor que por el mismo motivo de comprobación puedan tener los bienes asignados para pago de la legítima al repetido cónyuge puedan afectar, como afectan, a más de éste, a los demás herederos. Así se desprende de la norma que se examina, puesto que exige que la liquidación a éstos por ese vago concepto de «adquisición onerosa» se practique por una *base igual* que la que sirvió para la liquidación del cónyuge, que, como es sabido, puede ser o el valor declarado a los bienes por los interesados o el comprobado por la administración, si éste es el mayor.

Sea cual fuere el concepto jurídico-fiscal que quiera atribuirse a esta forma de pago de la legítima viual, la consecuencia en el punto que se examina, que habría de obtenerse de la aplicación de otros preceptos de la legislación de Derechos reales, habría de ser bien distinta a la que surge de la repetida regla 7.^a

Puede sostenerse que en esa forma de pago existe una permuta en la que el viudo, a cambio de los bienes que recibe, distintos de los de la herencia, renuncia o cede a sus coherederos el derecho que tenía a percibir bienes de aquélla en pago de su legítima, y consiente, por tanto, se le adjudiquen a aquéllos todos los bienes de la sucesión. Pues si esto es así, debiera ocurrir lo que en toda permuta, o sea, que los aumentos de valor de los bienes sólo se carguen en la cuenta del respectivo adquirente sin que puedan perjudicar al otro permutante.

Parece más bien que lo que sucede en este supuesto es sencillamente que un grupo de herederos se adjudican como tales todos los bienes de la herencia y dejan excluido a otro (al cónyuge viudo), al que indemnizan, o han indemnizado ya, en la forma expuesta de pago de legítima. Pues bien: si esto es así, se está en presencia de un supuesto de exceso de adjudicación en una partición de herencia, o sea que los coherederos del cónyuge viudo llevan adjudicado de más (sea por iguales partes, o sea en ésta o aquella proporción) tanto como a cuanto ascienda el importe de la cuota viual, calculado por las reglas que da el Reglamento aplicadas al valor liquidable de la total herencia. Y bien está que esos coherederos del citado cónyuge satisfagan el impuesto sucesorio y además el derivado de ese exceso de adjudicación; pero lo que ya no parece equitativo es que tenga que

contribuir además por el aumento de valor por comprobación de unos bienes que ni son de la herencia ni tampoco han adquirido.

Y si, para terminar, comparamos ahora esta norma con la del número 13 del mismo artículo 31, se observará que aquélla es de mayor dureza fiscal, no obstante la analogía de supuestos que regulan, pues, según la 13, el hecho de que el heredero satisfaga al legitimario (de acuerdo con las legislaciones forales) su legítima en la clase de bienes que estime conveniente, sean o no de la herencia, no devenga el impuesto por más concepto que el de herencia.

JUAN RUIZ ARTACHO
Registrador de la Propiedad

Algo sobre la convivencia de extraños

SUMARIO

- I. ¿Qué es la convivencia?
- II. Naturaleza jurídica.
- III. Sus clases.
- IV. La convivencia a título oneroso.
- V. Efectos y extinción.
- VI. Conclusión.

I. La anómala figura regulada en el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha suscitado vivas polémicas doctrinales y no pocas dificultades prácticas.

La opinión más generalizada ve en la convivencia de extraños un subarriendo por analogía. Otros, por el contrario, la consideran una «mera situación de hecho», con efectos legales diversos.

A nuestro modesto juicio, la convivencia es algo más que una «situación de hecho». Es un régimen tutelado legalmente o, si se quiere, un «modo legal» de habitar o compartir la vivienda arrendada por un tercero.

REYES y GALLARDO consideran la convivencia de extraños como una figura análoga al subarriendo parcial. En efecto, la Ley de Arrendamientos Urbanos regula y ampara el derecho del conviviente, determinando los efectos legales de la convivencia.

Del lado del inquilino, la convivencia de extraños aparece legalmente concebida a título de subarriendo-beneficio.

En este aspecto, la convivencia es un derecho potestativo del inquilino, obligatorio en su caso para el arrendador, al que se le impone por ministerio de la Ley.

II. Normalmente, la convivencia aparece caracterizada por la prestación a título oneroso de alojamiento (simple albergue) a persona extraña, con carácter permanente, en la vivienda arrendada, sin que el inquilino tome a su cargo la manutención del conviviente y sus familiares, nota esta última que legalmente la distingue del hospedaje (art. 26 de la L. A. U.).

Es, por tanto, un *interés o facultad* del inquilino legalmente tutelado en ciertas circunstancias, o sea, el «derecho a tener convivientes». Una subvención o protección económica, indirectamente dispensada por la Ley al inquilino. En resumen, un beneficio. Es figura híbrida, circunstancial, motivada por la escasez de viviendas «al amparo de ciertos derechos mínimos reconocidos al inquilino».

Si el inquilino y una persona extraña a su familia, *con voluntad concordante*, se obligan recíprocamente, el primero, a ceder el uso de una o varias piezas arrendadas por tiempo determinado o no, y el segundo, a pagar por ello un precio cierto, es indudable que este *acuerdo* de voluntades *sobre intereses distintos*, y obligatorio para ambos, genera un contrato (art. 1.254 y 1.261 del Código civil). ¿Qué valor jurídico merece esta convención para la L. A. U.? Desde un punto de vista positivo, la convivencia de extraños no es constitutiva de subarriendo resolutorio (párrafo 1.º, art. 27). Por el contrario, la convivencia *ilegal* deviene o se transforma en subarriendo no consentido (art. 28), causa resolutoria del contrato de arrendamiento a instancia del arrendador (2.ª, art. 149). Surge así una primera distinción legal de la convivencia en resolutoria o no del contrato de arrendamiento.

Puede también constituirse a título oneroso o gratuito. En ambas resulta excluida la relación parental. La convivencia de parientes o familiares cae fuera del ámbito de aplicación del artículo 27. Podrá, en tales casos, determinar una subrogación inter vivos de parientes (artículo 34), o una sucesión contractual mortis causa (art. 71), pero estas situaciones de convivencia son distintas de la específica y excepcional recogida en el artículo 27 de la L. A. U.

En aquéllas, la convivencia ligada al parentesco puede determinar la adquisición de un beneficio legal: el de subrogación o continuación en los efectos jurídicos del contrato constituido con el titular arrendatario. Por el contrario, en el artículo 27 la convivencia no es un simple elemento real o situación de hecho, sino *figura autónoma*. En los artículos 34 y 71, la convivencia «situación de hecho», al concu-

rrir con otros elementos, provoca la adquisición del beneficio. En el artículo 27 la convivencia, por sí misma, constituye una «situación legal».

III. La convivencia de extraños del artículo 27, constituida por el inquilino a título oneroso es, indudablemente, un negocio jurídico consensual, bilateral y conmutativo, en cuya virtud el inquilino, titular arrendatario de una vivienda, cede alojamiento en la misma con carácter permanente a una o varias personas extrañas a su familia mediante precio y sin tomar a su cargo la manutención del conviviente y de sus hijos (art. 27, párrafo 1.º, y art. 26, L. A. U.).

Es un contrato innominado perteneciente al grupo de los contratos traslativos de uso y disfrute.

La convivencia de extraños a título gratuito es, con respecto a los mismos, un acto de liberalidad del inquilino. No obstante, si los convivientes exceden de dos, el inquilino vendrá obligado para con el arrendador en los mismos términos que la constituida a título oneroso. El conviviente en este caso (convivencia a título gratuito) no adquiere frente al inquilino los derechos y obligaciones propios del subarriendo parcial, pues la obligación del inquilino (prestar alojamiento), carece de causa (contraprestación del conviviente).

IV. A la convivencia a título oneroso —relación contractual entre inquilino y conviviente— vincula la L. A. U. los efectos jurídicos (derechos y obligaciones) establecidos en el capítulo III para los subarriendos parciales. Mas esta asimilación de normas *no* determina su *identificación con el subarriendo*.

La convivencia de extraños del artículo 27 legalmente se distingue del subarriendo parcial, como luego veremos. En la convivencia de extraños, simple albergue de tipo doméstico o familiar, constituida a título oneroso, se distinguen, como en toda relación contractual, elementos personales, reales y formales, contenido y extinción.

Los *elementos personales* son el inquilino cedente del uso y disfrute de una o varias piezas, a título de convivencia, y el conviviente que recibe alojamiento, y, por tanto, el uso de las mismas.

Elementos reales son las piezas o habitaciones cuyo uso se cede y el precio o retribución convenido. *No exige forma especial*. Basta la capacidad general para contratar y obligarse.

¿Quién puede constituir convivencias? En principio, sólo puede hacerlo el titular arrendatario, el inquilino. El artículo 27 concede

este singular beneficio al inquilino. Entendemos, modestamente, que el espíritu y fundamento del beneficio no se opone a que el pariente subrogatario intervivos (art. 34) o continuador mortis causa (art. 71) pueden usar de la misma facultad. De no ser así, no acertamos a comprender en qué causa resolutoria habría de fundarse el arrendador para obtener la resolución del contrato de arrendamiento respecto al subrogatario o continuador, pues una de dos, o se le reputa inquilino a estos efectos o no, y en éste último caso nos hallaríamos ante la resolución de un subarriendo sin subarrendador.

V. En cuanto al *contenido o efectos* de la convivencia, el párrafo segundo del artículo 27 de la L. A. U. declara paladinamente que «los que habitaren en la vivienda del modo previsto en el párrafo anterior, tendrán con relación al inquilino y éste respecto de ellos, los mismos derechos y obligaciones que este capítulo establece para los subarriendos parciales». De consiguiente, la convivencia, como el subarriendo, exige la entrega por el inquilino o subarrendador de mobiliario adecuado y suficiente a su destino, y, por tanto, corresponderá al conviviente el derecho a exigir del inquilino mobiliario en las condiciones legales (art. 27, párrafo 2.º, y art. 14).

Lo mismo ocurrirá en lo relativo al precio de la convivencia, por la asimilación de efectos legales del subarriendo. El precio de la convivencia no podrá ser pactado libremente, sino que habrá de ajustarse a lo prevenido en el artículo 16 para el subarriendo parcial.

El inquilino cedente de piezas o habitaciones en régimen de convivencia, al igual que el subarrendador, no podrá percibir por cada habitación objeto de cesión un precio superior a la cantidad resultante de dividir el doble de la renta asignada al piso (vivienda) por el número de habitaciones no destinadas a servicios con que cuente, ni aun a pretexto de hallarse comprendidos los de agua, luz, calefacción, teléfono o cualesquiera otro de naturaleza análoga, los cuales serán siempre a cargo del subarrendador (art. 16 de la L. A. U.).

En su caso, el conviviente asimilado al subarrendatario parcial tendrá a su favor la acción revisoria específica (que puede devenir resolutoria) del artículo 20, si optase por su ejercicio.

Hasta aquí hemos visto que la L. A. U. vincula a la convivencia ciertos efectos propios del subarriendo parcial. No obstante esta asimilación de efectos entre convivencia y subarriendo, la primera se distingue legalmente del segundo por las siguientes diferencias:

1.^a La convivencia de extraños del artículo 27 es siempre y en todo caso un beneficio del inquilino. El subarriendo integra un derecho si consta la autorización expresa y escrita del arrendador (artículos 27 y 14).

2.^a El subarriendo (total o parcial) se resuelve a instancia del arrendador (párrafo B, art. 152); no así la convivencia, por no mantener el arrendador relación alguna con los convivientes (art. 27).

3.^a La disposición séptima de las transitorias, que en muchos casos integra un *deracho permanente*, excluye del beneficio de prórroga forzosa a los convivientes, manteniéndolo para los subarrendatarios totales o parciales que lo sean con anterioridad a la vigencia de la L. A. U.

4.^a El inquilino que subarrienda total o parcialmente su vivienda propia, no puede ceder otra en subarriendo dentro de la misma o en distinta población, lo que es inaplicable al régimen de convivencia, pues falta, naturalmente, el consentimiento del arrendador, extraño a la relación interna de convivencia, y al que la Ley impone el deber de aceptarla (art. 27, párrafo 2.^o).

5.^a El arrendador tiene derecho a participar en el precio del subarriendo en la cuantía que convenga con el inquilino y siempre que al autorizarlo se reserve este derecho y el porcentaje de que participa.

En la convivencia, el arrendador, o carece de este derecho, o en su caso consiste en una cantidad fija, señalada por la Ley, o sea, el 10 por 100 de la renta por cada uno de los extraños que excedan de dos (arts. 19 y 27 de la L. A. U.).

6.^a El arrendador tiene acción directa contra el subarrendatario para exigir el pago de la renta y de su participación, y contra el arrendatario sólo por esta última, derecho que no tiene frente al conviviente (art. 23).

7.^a El arrendador tiene *acción directa* contra el subarrendatario (sin perjuicio de la acción contra el arrendatario) para exigir la reparación de los daños dolosos o negligentemente causados en la vivienda subarrendada (art. 24). En la convivencia, el arrendador, inexplicablemente a nuestro juicio, carece de acción por los daños dolosos o culposos causados por los convivientes, máxime tratándose de convivencia que exceda de dos personas, en la que el inquilino abona al arrendador el 10 por 100 de la renta por cada una de tales personas,

y, de consiguiente, *conoce* el régimen de convivencia constituido en la finca o vivienda arrendada.

En conclusión, vemos que a la *convivencia* se le *conceden algunos, no todos*, de los *efectos* jurídicos del subarriendo parcial, y, por tanto, la asimilación de normas no es completa.

Una pequeña cuestión surge con referencia a la terminación o extinción de la relación creada al amparo del artículo 27 de la L. U. A. Si *legalmente no existe el contrato de convivencia*, es lógico que la L. A. U. no mencione las causas de extinción o resolución del régimen de convivencia. Por ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1950 habla de la relación de mera convivencia de hecho con el ocupante del piso, lo que no nos parece muy exacto, tratándose de convivientes acogidos al régimen del artículo 27.

La cuestión aludida nace, por un lado, del propio párrafo 2.º del artículo 27, alusivo a los derechos y obligaciones contenidos en el capítulo III de la Ley, respecto de los cuales convivientes y subarrendatarios parciales resultan equiparados, y, por otro, del capítulo XI, que enumera las causas de resolución y suspensión de los contratos a que se refiere la L. A. U. Y dicho se está que si no se la reputa contrato (la convivencia) sino mera situación de hecho, ¿cómo aplicarle las causas resolutorias del contrato de subarriendo parcial, teniendo en cuenta que su equiparación al subarriendo es únicamente en cuanto a los derechos y obligaciones establecidos en el capítulo III de la Ley?

En nuestro modesto criterio, creemos ver una pequeña laguna o vacío legal. La cuestión no aparece claramente resuelta en la L. A. U. La *convivencia de extraños* del artículo 27, reiteramos, *es algo más que una situación de hecho*, o, por lo menos, un modo legal de habitar la vivienda perteneciente al inquilino a título de convivencia.

Prácticamente, se vienen estimando causas de resolución de la convivencia de extraños las del subarriendo parcial a instancia del inquilino o del conviviente.

A) *Para el inquilino.*

a) Falta de pago del precio estipulado a la convivencia (1.ª, artículo 152).

b) Por haber el conviviente subarrendado las piezas o habitaciones cedidas (2.ª, art. 152).

c) El vencimiento del plazo por el que se hubiese estipulado la convivencia (3.ª, art. 152). Si no se hubiese fijado plazo de duración y el inquilino demandante invoca esta causa, será de aplicación el artículo 1.581 del Código civil, relativo al arrendamiento, y en su caso al subarriendo, dada su equiparación legal con este último.

d) Cuando el conviviente ceda a otra persona, sin consentimiento del inquilino, las piezas o habitaciones ocupadas por el primero (4.ª, art. 152). Esta causa implica la sustitución o subrogación en los derechos adquiridos por el conviviente sin la autorización del inquilino.

e) Cuando el conviviente cause daños o ejecute obras en las piezas o habitaciones ocupadas en virtud del régimen de convivencia (5.ª, art. 152, y 5.ª, art. 149).

¿Tendrá acción, en este caso, el arrendador contra el inquilino? Ciertamente que el arrendador es ajeno a la relación de convivencia creada por el inquilino. Sin embargo, el arrendador no puede quedar inerte frente a la posible conducta dolosa o imprudente de los convivientes, y, en consecuencia, podrá pedir, en su caso, la resolución del contrato de arrendamiento constituido con el inquilino, lo que habrá de originar la extinción de la convivencia.

No creemos aplicable al régimen de convivencia la causa 6.ª del artículo 149, operante en el subarriendo, a la que remite la 5.ª del artículo 152 sobre resolución del subarriendo a instancia del subarrendador, a petición de la mayoría de los subarrendatarios, pues tratándose de convivientes del artículo 27 *no sería posible la mayoría aludida* en la expresada causa.

Por el contrario, es admisible la resolución o extinción de la convivencia, por la actividad o negocio inmoral o peligroso del conviviente, en los términos prevenidos en la causa 7.ª del artículo 149, en relación con lo dispuesto en la 5.ª del artículo 152. Las causas resolutorias de expropiación forzosa y de ruina (8.ª y 9.ª del artículo 149) operan la resolución, en su caso, del contrato de arrendamiento, y, por tanto, de los subarriendos y convivencias que del mismo traen causa. Así lo preceptúa el artículo 152, a cuyo tenor es causa de resolución del contrato de subarriendo para el subarrendador..., 6.ª... «cuando quede resuelto el contrato de arrendamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23» (se refiere a la acción directa conferida al arrendador). Por tanto, *es ociosa la remi-*

sión que la causa 5.ª, artículo 152, hace a las 8.ª y 9.ª del artículo 149.

B) *Para el conviviente.*

Ya hemos visto que al conviviente se le atribuyen algunos de los derechos del subarrendatario parcial de vivienda. En su virtud, serán causas de resolución de la convivencia, a instancia del conviviente, las establecidas en el párrafo c), artículo 152, para el subarrendatario, adaptadas a la situación especial de convivencia. Lo serán, por tanto:

- a) Por el precio ilegal fijado para la convivencia (art. 20).
- b) Cuando por consecuencia de la acción revisoria ejercitada por el conviviente resultare el mobiliario inadecuado o insuficiente (artículo 21).
- c) Por las causas que se permiten al inquilino o subarrendatario en virtud de perturbaciones de hecho o de derecho, o defectos en la prestación de servicios, obtener la resolución del contrato.

VI. En conclusión, la convivencia de extraños del artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos la concebimos como una *situación o modo legal* de habitar una vivienda arrendada ya a otra persona. Se constituye normalmente mediante la *voluntad concordada*, a título oneroso, o por acto de liberalidad del inquilino. Del lado del inquilino la *convivencia* aparece como un *beneficio o derecho potestativo* concedido por ministerio de la Ley. Constituida a título oneroso genera un contrato «innominado», perteneciente al grupo de los traslativos de uso y disfrute.

Dispensada a título gratuito, es un acto de liberalidad, y el conviviente, salvo pacto expreso en contrario, no adquiere frente al inquilino cedente los derechos del subarrendatario parcial de vivienda. En este supuesto (constitución a título gratuito), el inquilino vendrá obligado, si las personas extrañas excediesen de dos, a abonar al arrendador el sobreprecio del 10 por 100 de la renta por cada una de ellas.

Reiteramos una vez más nuestra modesta opinión en orden a la convivencia de extraños del artículo 27. Se trata de una *figura híbrida, tipo intermedio* entre el hospedaje doméstico o familiar y el subarriendo parcial. Para la L. A. U., la convivencia es una situación arrendaticia. Los elementos personales—inquilino y conviviente—tie-

nen recíprocamente los derechos y obligaciones establecidos en el capítulo III de la Ley para el subarriendo parcial.

Su naturaleza ecléctica participa del hospedaje incompleto, por sus notas de alojamiento retribuido de personas extrañas (excluidos los parientes) a título oneroso que conviven con el inquilino y del subarriendo por la cesión del uso de una o varias piezas arrendadas, mediante entrega de mobiliario adecuado y suficiente y prestación de servicios complementarios a cambio de un precio legalmente estipulado a cargo del usuario o conviviente. La Ley de Arrendamientos Urbanos *exige* además la nota de *permanencia*, con lo que resultan excluidas las convivencias accidentales o meramente transitorias de personas extrañas. Sus *efectos jurídicos* son algunos—no todos—del subarriendo parcial, por cuyas causas se resuelve y extingue, bien a instancia del inquilino o del conviviente.

Es, pues, la tan discutida convivencia de extraños una figura ocasional, auténtico subarriendo-beneficio del inquilino impuesto al arrendador, con la que se intenta ampliar el círculo de sus derechos como titular arrendatario.

JUAN TORRES AGUILAR
Juez municipal de Sevilla

BIBLIOGRAFIA

1. García Royo: *Tratado I*; 474 y sigs.
2. Cossío y Rubio: *Tratado V*, 1.º
3. Reyes y Gallardo, en *Boletín de I. M. J.*; 41 y sigs.
4. Cerrillo Quílez: «La convivencia: su régimen legal».
5. Ribadulla: «La figura jurídica del artículo 27 en la nueva L. A. U». *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*. Marzo, 1948.
6. Moreno Mocholí: «Convivencia, subarriendo y hospedaje», en *Revista D. P.*, núm. 431. Febrero, 1953.
7. Gallardo Rueda: «Los extraños del artículo 27». *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 44; 15 marzo 1948. «Los problemas de la Ley de Arrendamientos Urbanos». *Anuario de Derecho Civil*. Enero-marzo 1948; págs. 123 y sigs.
8. Hijas Palacios (José): «El subarriendo de viviendas en la novísima legislación». *Rev. G. de Derecho*, núm. 41. Febrero 1948.
9. Reyes Monterreal: «El coinquilinato o contrato de convivencia», en *Rev. G. de Derecho*, núms. 79 y 80. Abril-mayo 1951.
10. Soto Nieto, F.: «Problemas de convivencia», en *B. I. M. J.* Enero 1954.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

CONTRADICCIÓN DE ASIENTOS.—PRESENTADOS DOS TÍTULOS CLARAMENTE ANTITÉTICOS, Y DENEGADA LA INSCRIPCIÓN DEL PRIMERA-MENTE PRESENTADO. POR Oponerse a ella el artículo 5.º, APARTADO 2.º, DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, PUEDE APLICARSE POR ANALOGÍA LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 306 DE DICHO REGLAMENTO.

Resolución de 14 de diciembre de 1953 (B. O. de 10 de mayo de 1954).

El 8 de mayo de 1951 se solicitó, mediante certificación expedida por el Alcalde de Aliaga, la inscripción a favor de dicho Municipio de una finca sita en la partida de «La Vega», vulgarmente conocida por Cementerio Viejo, denegándose la inscripción por «no estar expedida la certificación por el Secretario del Ayuntamiento, con el visto bueno del Alcalde, según establece el artículo 199 de la vigente Ley de Régimen Local ; no constar el título de adquisición o el modo cómo fué adquirida la finca, exigido por el artículo 206 de la Ley, en relación con el 306 y 305 del Reglamento Hipotecario», y «no expresarse con la debida claridad el servicio público u objeto a que se destina la finca, no tomándose anotación preventiva por impedirlo el artículo 308 del Reglamento». Presentada otra certificación con las formalidades requeridas el 10 de julio de 1951, fué «denegada la inscripción ... por el defecto insubsanable de estar destinada la finca a plaza y no ser susceptible de inscripción, a tenor del artículo quinto del Reglamento Hipotecario».

Por otra parte, el Párroco de la citada localidad, don D. H., presentó el 14 de mayo de 1951 certificación expedida por el Vicecanciller y Vicesecretario de Cámara y Gobierno del Arzobispado de Zaragoza, con el visto bueno del excelentísimo señor Arzobispo, en la que se solicitaba la inscripción a favor de la Iglesia de la misma finca rústica, que fué calificada por el Registrador con la siguiente nota: «Denegada la inscripción solicitada por el defecto insubsanable de haber sido pedida la inscripción de la misma finca por el Ayuntamiento de esta villa, indicando que le pertenece por cesión de la Iglesia y está destinada a plaza, y no ser susceptible de inscripción esta clase de bienes, a tenor del artículo quinto del Reglamento Hipotecario».

Interpuesto recurso por el representante del Vicario General de la Archidiócesis de Zaragoza, la Dirección, con revocación del auto presidencial, confirmatorio de la nota del Registrador, acordó devolver el expediente para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario, según se ha expuesto en el encabezamiento, mediante los razonamientos siguientes:

Que la cuestión planteada, más de hecho que de derecho, consiste en determinar si es inscribible la certificación de dominio, expedida por la Autoridad eclesiástica para inmatricular una finca, que se halla en contradicción con otro certificado presentado con anterioridad en el mismo Registro por el Ayuntamiento de Aliaga, puesto que cualquier asunto de índole litigiosa sobre dominio del predio debe ser de la competencia de los Tribunales de Justicia.

Que mediante las certificaciones de dominio a que se refieren los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303 a 307 de su Reglamento, se facilita la inmatriculación a favor del Estado y entidades de carácter público, de las fincas que les pertenezcan cuando carezcan de título inscribible de dominio, con arreglo a un privilegiado procedimiento, entre cuyos precedentes se encuentran el Decreto de 11 de noviembre de 1864, las Reales órdenes de 29 de agosto de 1893 y 28 de octubre de 1897, y el artículo 29 del Reglamento Hipotecario, de 6 de agosto de 1915, si bien tales normas facultaban para obtener inscripciones, solamente de posesión, y con sus peculiares efectos.

Que en el caso debatido fueron presentadas en el Registro, con intervalo de seis días, dos certificaciones, expedidas por el Ayuntamiento de Aliaga y la Archidiócesis de Zaragoza —completada aquella por otra posterior— en las que respectivamente se atribuyen

el dominio de una finca que aparece descrita con datos esencialmente coincidentes, si bien en la certificación municipal se afirma que se halla destinada a plaza, y en la eclesiástica, que es, en parte, un corral cubierto, y el resto pradera con arbolado, por lo cual es clara la contradicción de su contenido, tanto respecto de algunas de las circunstancias de hecho como en cuanto a la titularidad.

Que el principio de prioridad, deficientemente regulado en nuestra legislación, impone a los Registradores la obligación de despachar los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación en el Diario, salvo que sean compatibles entre sí, según se infiere de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, y se ha declarado reiteradamente en las Resoluciones citadas.

Que, conforme a lo preceptuado en el artículo 18 de la repetida Ley, y a la doctrina de este Centro directivo sobre el principio de legalidad, los Registradores de la Propiedad, para calificar, atenderán a los documentos presentados y a los asientos del Registro, y deberán examinar los títulos relativos a los mismos bienes pendientes de despacho, para procurar en todo caso el mayor acierto, evitar litigios y conseguir la necesaria armonía entre los asientos y los derechos de los interesados.

Que vigentes dos asientos de presentación de títulos claramente antitéticos, y denegada la inscripción del primeramente presentado, por oponerse a ella el artículo quinto, apartado segundo, del Reglamento Hipotecario, puede aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 306 de dicho Reglamento, como en caso semejante declaró la Resolución de 27 de agosto de 1915, y en su virtud, agotados los efectos del asiento de presentación del título presentado en primer lugar, ha de remitirse por el Registrador copia de los asientos contradictorios a la Autoridad que certificó, para que, si lo juzga conveniente, comunique al Juez de Primera Instancia las expresadas copias y antecedentes, a fin de que, cumplidos los trámites señalados en dicho artículo, dicte la resolución que proceda.

* * *

¿No hubiera sido más correcta —se nos ha insinuado por un distinguido compañero, con el que, ante la complejidad del problema, hemos cambiado impresiones— una nota de suspensión del se-

gundo de los títulos —el de la Autoridad eclesiástica—, en vez de la denegatoria estampada, por la razón potísima de estar vigente otro asiento de título contradictorio referente a la misma finca que impide una perfecta calificación de dicho segundo título presentado?

Ello hubiera permitido: 1.º, la posible puesta en juego del párrafo 3.º del artículo 111 del Reglamento Hipotecario si es que el Ayuntamiento, ante la nota denegatoria con que fué rechazada su certificación por el Registrador, hubiese entablado el oportuno recurso, ya que siempre es de considerár que las tajantes afirmaciones del artículo 5.º de dicho Reglamento están atenuadas por lo que dispone el siguiente o 6.º del mismo; 2.º, el paso franco, decidido, a la inscripción del segundo de los repetidos títulos, una vez caducado el asiento de presentación del primero y vigente todavía el de aquél al desaparecer los obstáculos que la impedían, puesto que no se deben tomar en consideración afirmaciones unilaterales, dirigidas a la obtención de una inscripción inmatriculadora torpemente, además, concebida al hacerla imposible, habida cuenta el citado artículo 5.º del Reglamento.

Pero ni el Registrador —al que en absoluto nos permitimos criticar en materia tan delicada— procedió así, ni la Dirección entendió debía ser ese el camino a seguir, pues si tal hubiese estimado en su mano estaba haber declarado que no había otro obstáculo para la inscripción del título, cuya calificación se impugnaba, que la vigencia de un asiento de presentación de otro título referente a la misma finca, con lo que, caducado este asiento, hubiese quedado abierto el acceso al Registro del título posteriormente presentado.

Tiende la Dirección, en plausible deseo, «a evitar litigios y conseguir la necesaria armonía entre los asientos y los derechos de los interesados» (penúltimo Considerando), pero si, como afirma en el inmediato anterior, «los documentos referentes a una misma finca deben despacharse por riguroso orden cronológico de presentación», desaparecido el obstáculo —*vigencia del asiento* del primero de los títulos presentados—, no creemos que los interesados en el segundo sometan, de serles adverso, al auto que haya de dictar el Juez de primera Instancia en la aplicación analógica del artículo 306 del referido Reglamento Hipotecario.

NECESIDAD POR EL GERENTE DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA DE JUSTIFICAR DOCUMENTALMENTE SU REPRESENTACIÓN.

ESTO SENTADO, TIENE EL MISMO FACULTAD PARA ACEPTAR UNA HIPOTECA EN GARANTÍA DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA A FAVOR DE LA SOCIEDAD, POR REPUTARSE DICHA FACULTAD COMPRENDIDA ENTRE LAS AMPLIAS QUE DETERMINADO ARTÍCULO ESTATUTARIO LE CONFIERE, Y CUYO TEXTO ES DEL TENOR SIGUIENTE: «REPRESENTAR A LA SOCIEDAD EN JUICIO Y FUERA DE ÉL, EJECUTANDO LAS ACCIONES O DERECHOS QUE A LA MISMA CORRESPONDAN».

IGUALMENTE, LA HIPOTECA ESTABLECIDA POR VOLUNTAD UNILATERAL, CONFORME A LOS ARTÍCULOS 141 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 237 DE SU REGLAMENTO, NO DEBE SER CONSECUENCIA DE UN DEFECTO DE CAPACIDAD O REPRESENTACIÓN EN EL ACREEDOR, SINO QUE DEBE CONSTITUIRSE CON AQUEL CARÁCTER PARA PRODUCIR LOS ESPECIALES EFECTOS SEÑALADOS EN TALES NORMAS.

Resolución de 15 de diciembre de 1953 (B. O. de 16 de mayo de 1954).

Por escritura otorgada en Barcelona el 15 de octubre de 1948, ante el Notario don Luis Verdú Verdú, los cónyuges don Juan Ramia Aisa y doña Adela Labernia Beltrán hipotecaron a favor de la Compañía «Abastecedora del Litoral, S. A.», representada por don Ignacio Vituri Sancho, una casa que por mitad les pertenece, sita en la calle de la Providencia, número 107, de Badalona, para garantizar el pago de 20.000 pesetas que reconocieron adeudarle, en proporción de una mitad cada uno, más 2.000 pesetas para costas y una anualidad de intereses al cuatro por ciento. En la citada escritura se hace constar que don Ignacio Vituri comparece «en representación, como Gerente, de la Compañía «Abastecedora del Litoral, S. A.», con domicilio en Badalona, y que se hizo el nombramiento de Gerente, entre otras, con las facultades contenidas en el apartado cuarto del artículo 53 de los Estatutos, cuyo texto es del tenor siguiente: «Cuarto: Representar a la Sociedad en juicio y fuera de él, ejercitando las acciones o derechos que a la misma correspondan...», sin que en lo omitido haya nada que limite o restrinja las facultades anteriormente transcritas, y asegurando el señor Vituri que dicha representación subsiste íntegramente.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura de

poteca, se calificó con la siguiente nota : «No admitida la inscripción del precedente documento por los defectos siguientes : 1.º, no acreditarse el nombramiento de Gerente de don Ignacio Vituri Sancho por la Compañía en cuya representación comparece ; 2.º, el cargo de Gerente que ostenta el representante de la Compañía acreedora sólo le faculta para celebrar actos de administración, no pudiendo por ello aceptar hipotecas, para lo que se requiere facultad o autorización expresa, conforme al artículo 1.713 del Código civil, por ser acto de dominio. Siendo insubsanable el segundo defecto, no procede tomar anotación preventiva.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con revocación parcial del auto del Presidente, que confirmó la nota del Registrador (el del Distrito de Oriente, de Barcelona), declara que la escritura sólo adolece del defecto subsanable señalado en primer lugar, mediante la doctrina siguiente :

Que los problemas planteados en el presente recurso consisten en determinar si es necesario que justifique documentalmente su representación el Gerente de una Sociedad Anónima, si tiene facultades para aceptar hipotecas, y, caso de no tenerlas, si podría inscribirse la escritura al amparo del artículo 141 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto al primer defecto, que el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado dispone en el artículo 165 que, cuando alguno de los otorgantes concorra al acto en nombre de una Sociedad, se expresará esta circunstancia e indicará el título del cual resulte dicha representación, y el artículo siguiente del mismo texto legal preceptúa que el Notario insertará en las escrituras o incorporará a ellas los documentos fehacientes que acrediten la representación, por lo cual la simple declaración hecha por un compareciente que afirma la subsistencia íntegra de la representación no cumple lo ordenado en los citados preceptos, ni prueba que el Gerente ejerciera el cargo en el acto del otorgamiento.

Respecto del segundo defecto, que la hipoteca establecida por voluntad unilateral, conforme a los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento, no debe ser consecuencia de un defecto de capacidad o representación en el acreedor, sino que debe constituirse con aquel carácter para producir los especiales efectos señalados en tales normas.

Que si los Gerentes de una Sociedad Anónima tienen en el ámbito mercantil el concepto legal de factores, según el artículo 283 del

Código de Comercio, a los que son aplicables los preceptos de la Sección segunda, título III, libro II, del mismo Código, sus facultades aparecen circunscritas en el artículo 286 de dicho Cuerpo legal y 76 de la Ley sobre régimen jurídico de las mismas, que se refieren, para delimitarlas, al giro y tráfico de la Empresa, aunque la jurisprudencia y la doctrina requieran, en general, una autorización especial para llevar a cabo actos de riguroso dominio.

Que el artículo 1.713, párrafo segundo, del Código civil, exige para hipotecar mandato expreso, y según el artículo 139 de la Ley Hipotecaria el apoderado, para constituir hipotecas, necesita «poder especial bastante», pero ambos preceptos se dirigen con preferencia al deudor, respecto de quien la constitución de hipotecas constituye indudablemente acto de riguroso dominio, y no al acreedor en el que para aceptarlas es suficiente la capacidad general para contratar.

Que en el caso discutido la aceptación de hipoteca, si bien reviste innegable trascendencia desde el punto de vista patrimonial, puede reputarse comprendida entre las facultades atribuidas con la amplitud indicada en el artículo 53 de sus Estatutos, al Gerente de «Abastecedora del Litoral, S. A.», puesto que el derecho real sirve de garantía a una deuda nacida de normales relaciones entre los deudores y la Sociedad.

* * *

Expresa el Registrador en su informe que así como al comprador puede no convenirle la compra de bienes inmuebles, o al dueño de una finca no interesarle la realización de segregaciones o agrupaciones, tampoco a un representado puede serle útil la hipoteca constituida a su favor. Y si se medita —añadimos nosotros— sobre las repercusiones que puedan traerle, mucho más... Porque hoy las inspecciones tributarias, en particular la de ese tremendo impuesto sobre la Renta, son para considerar afflictivo el más mínimo incremento patrimonial.

Sin embargo, hay que reconocer que una vez más la Dirección afrontó el problema con una visión jurídica amplia y correcta.

Aparte la tipificación de la deuda —civil o mercantil— asegurada con la hipoteca, es indudable que, como escribe GARRIGUES: «Curso de Derecho mercantil», I, págs. 355, la representación que ejerce el Factor (cuyo es el concepto legal de los Gerentes, según el artículo 283 del Código de Comercio) es una representación amplísima y

que no puede dejar de ser amplísima. Lo que, en general, distingue la representación mercantil de la civil es su exteriorización en apoderamientos típicos. En la vida civil, quien contrata con un representante debe examinar caso por caso los poderes de éste, para saber si responderá o no el apoderante, ya que lo hecho por el mandatario (apoderado) fuera de los límites del mandato (del poder, mejor dicho) no obliga al mandante (poderdante), si no lo ratifica (artículo 1.727, párr. 2.º, del Código civil).

En el Derecho mercantil, al contrario, la ley dota al poder del Factor (o Gerente) de una extensión fija (contenido típico), de modo que todo tercero pueda saber, sin necesidad de particular indagación, en qué medida queda obligado el comerciante por su Factor. Y si el Factor (Gerente) es la persona encargada de administrar y dirigir el establecimiento mercantil (art. 283 del Código de Comercio), su poder debe abarcar todo lo que el propio comerciante puede hacer, salvo lo que sea personalísimo o implique la negación de la actividad mercantil (v. gr.: venta del establecimiento): el Factor (o Gerente) es el *alter ego* del comerciante. Al tercero debe bastarle saber por el Registro que la persona con quien contrata, por ser Factor (o Gerente) de un comerciante, está dotado de un poder general, para que, sin temor a reproche de mala fe, pueda confiadamente cerrar con él todos los contratos propios de la negociación de aquel establecimiento.

Por último, hay un Considerando —3.º de los copiados, y que hemos figurado de encabezamiento— de nuestra particular estimación. Y es porque expresa y concreta el mismo lo que en diversas glosas hemos expuesto: que las leyes están escritas para casos concretos y determinados y extender —por criterios analógicos— sus normas a otros distintos para extraer deducciones en que nunca pensaron quienes los causaron, sobre expuesto, puede conducirnos a extravagancias jurídicas.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

II. Propiedad.

SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1954.—*Acción reivindicatoria. El título escrito de dominio no es indispensable.*

Ejercitada una acción reivindicatoria, no se infringen en la sentencia recurrida los artículos 348 y 349 del Código civil por no haber presentado las demandantes título escrito del dominio de los causantes de las herencias para las que reivindican y por no haber identificado suficientemente las fincas, concretando las que pertenecían a cada uno de los abuelos, y no se aprecian tales infracciones porque el título escrito no es indispensable presentarlo cuando el derecho de propiedad ha resultado acreditado por los diferentes medios de prueba que la Ley concede y estimando el Tribunal sentenciador, en uso de sus privativas facultades en orden a la apreciación de las pruebas, que el conjunto de las aportadas a los autos demuestra que la propiedad de las fincas objeto de reivindicación pertenece a las herencias indivisas de los abuelos de las actoras por haberlas poseído éstos hasta el año 1894, y luego algunos de los herederos, en proindivisión y a nombre de la comunidad hereditaria, esta accesión de posesiones releva de la necesidad de aportar el título constitutivo del dominio de los anteriores poseedores; y por lo que se refiere a la identificación, ha de estarse a lo apreciado por el Tribunal de Instancia, que estima ser las fincas relacionadas en la demanda las mismas que la demanda posee en la actualidad por derivación de los repetidos causantes y de consuno con los demás herederos de éstos.

SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1954.—*Retracto de colindantes. Deben ser demandados el primero y sucesivos adquirentes. Título de propiedad del retrayente. Adquirente posterior por permuta. El plazo se cuenta a partir de la inscripción.*

Son de esta Sentencia las siguientes afirmaciones:

A) Siendo una acción real la de retracto, la declaración principal objeto de esta acción sobre la entrega de la finca y otorgamiento de la escritura debe hacerse contra el demandado, que está en posesión de ella, y únicamente contra éste, pero sentado por la Jurisprudencia en Sentencia de 11 de febrero de 1905, 13 de marzo de 1912, 2 de febrero de 1949 y 28 de abril de 1953, que el medio de que pueda prosperar la acción en los casos que haya varias transmisiones es que se dirija contra el primero y los sucesivos

adquirentes, es indudable que tiene que dictarse un pronunciamiento sobre esos demandados que fueron adquirentes anteriores, y esa declaración no puede ser otra cosa que la que hace la Sala sentenciadora de que reconozcan que ha lugar al retracto, ya que no es admisible que se admita su presencia en el litigio como demandados y no se dicte resolución sobre ellos o tengan que ser necesariamente absueltos, pues para esto último no se requería que se les demandara.

B) En juicios de este género puede acreditarse el dominio de la finca colindante por cualquiera de los medios legales, como sostiene la Sentencia de 8 de marzo de 1901, y al presentar la demanda sólo se exige que se acompañe alguna justificación del título de propiedad, aunque no sea cumplida, pero sí suficiente a juicio del Tribunal de Instancia, según la Sentencia de 13 de julio de 1945.

C) No es obstáculo en este caso de retracto el que la segunda transmisión de la finca sea por permuta, porque aparte del valor jurídico que pueda concederse al hecho muy significado de que se otorgaran en la misma fecha la escritura de la primera transmisión por venta y de la segunda por permuta, es evidente, como dice el considerando cuarto de la sentencia recurrida, la íntima relación entre los dos contratos y que al segundo adquirente, por traer causa del primero, han de alcanzarlo igual que a éste las consecuencias de la resolución de un primer contrato que estaba todavía afecto al derecho de retracto cuando se celebró el segundo, consecuencias que dimanar y participan de la naturaleza de un hecho real como es el de retracto, que sigue a la cosa sin que sea argumento en contra de esta doctrina el que presenta el recurrente de que se le obligue a recibir un precio que no estipuló y que se le imponga una mutación en la causa contractual, porque eso dependerá de que oportunamente se hagan valer entre los sucesivos adquirentes los derechos que recíprocamente les asistan y que no hay que mencionar en este recurso sobre retracto.

D) No está dirigida fuera de plazo la demanda contra el segundo adquirente porque se hiciera después de nueve días de la presentación en el Registro de la Propiedad de su título de adquisición; ya la Sentencia de 11 de junio de 1902 declara que no es el momento de la presentación del título en el Registro desde el que debe empezar a contarse el plazo para ejercitar la acción de retracto, sino el de la inscripción, y no podía ser de otra manera, en términos generales, porque el asiento de presentación no produce efectos si no va relacionado con la inscripción, y concretamente en cuanto al retracto, porque ese plazo no empieza a contarse desde que el retrayente tiene una simple, vaga o indeterminada noticia de la transmisión, sino desde que conoce ésta con todos los detalles suficientes para que pueda apreciar si le conviene subrogarse en todas las obligaciones que por ese contrato contrae el adquirente demandado, según las Sentencias de 6 de marzo de 1942 y 28 de junio de 1949, y esas condiciones del contrato no tienen la realidad registral más que por la inscripción del título y no en el asiento de presentación.

Es de destacar la Sentencia que acabamos de resumir por resolver varios problemas de importancia práctica relativos al retracto de colindantes o asurcamos, novedad, como es sabido, del Código civil, problemas también de interés para todos los retractos legales, aunque la doctrina esté ya contenida en anteriores sentencias, interesan su recordación y los matices del caso discutido.

Se examina en el primer considerando la cuestión de la legitimación pasiva. Es frecuente que el adquirente de una finca sujeta a retracto legal la transmita, y el segundo adquirente haga lo mismo, y así pueden surgir dos, tres o más sucesivos dueños, todo ello dentro del plazo retractual, enajenaciones unas veces auténticas y verdaderas y otras más o menos simuladas, recomendadas tal vez por aficionados al consejo jurídico, descubridores de supuestas fórmulas salvadoras del retracto. ¿A quién demandar? ¿Quién es el legitimado pasivamente? Ya dice De la Plaza refiriéndose al retracto de comunceros que el problema de la legitimación pasiva ofrece interés cuando la finca ha pasado a poder de terceros adquirentes, y resume la Jurisprudencia diciendo que la demanda ha de dirigirse contra todos los que adquirieron la finca.

El retrayente no puede ver burlado su derecho porque existan adquirentes por él desconocidos; la Sentencia de 7 de mayo de 1926 (p. 982 del apéndice de Alcubilla de 1928) sostiene a este respecto que el demandante tiene la obligación de dirigir la demanda no sólo contra el primer comprador, sino también contra los posteriores, si los hubiere, siempre que se les haya manifestado la existencia de las nuevas enajenaciones en el acto conciliatorio o antes de interponer su demanda; pero si desconocía por completo la realización de las mismas, cumple su obligación procesal entablando su acción contra el primer comprador de la finca, ya que en otro caso las normas del derecho de retracto serían preceptos muertos, porque con transmisiones periódicas y bien estudiadas no se terminaría el juicio ni se definiría el derecho, con perjuicio para los retrayentes, con falta de respeto para lo legislado, y lo que es peor, con desprestigio de los Tribunales.

La Sentencia que comentamos perfila y aclara bien la cuestión: la acción de retracto es real; debe dirigirse, viene a decir, contra el último adquirente, contra el que esté en posesión de la finca que se intenta retraer. Ahora bien: debe demandarse también a los anteriores dueños, hasta llegar a la enajenación primera, causante del retracto, y respecto de todos, se debe declarar en la Sentencia que ha lugar al retracto, y el último, el poseedor, será además condenado a entregar la finca y a otorgar la escritura de reventa.

Una de las circunstancias que legitiman al actor, al retrayente, en el de colindantes, es el ser dueño de la finca asurcamo. ¿Qué título ha de presentar? ¿Una documentación perfecta, completa? Basta con que al presentar la demanda acompañe alguna justificación del título de propiedad, suficiente a juicio del Tribunal de Instancia, y que en el período correspondiente se demuestre esa propiedad por cualquiera de los medios legales. consecuencia lógica de las normas que rigen el retracto. El Juez, al fallar, ha

de estar convencido de que el retrayente es propietario de la finca colindante, y a esa convicción puede llegar por la valoración normal de las pruebas practicadas, que pueden ser cualquiera de las admitidas por el Código y por la Ley procesal.

En el caso que estudiamos, entre las transmisiones posteriores realizadas, había una permuta. Ello no impide el retracto. Este nace del primer contrato, y los sucesivos están afectados por él. Como institución de naturaleza real sigue a la cosa como la sombra al cuerpo; como institución que nace de la ley, en sí misma lleva la publicidad.

Concluye la Sentencia reiterando la doctrina de que a estos efectos el plazo se cuenta desde la fecha del asiento de inscripción en el Registro, no desde la fecha del asiento de presentación; es decir, no rige aquí el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, y ello porque así lo exige la misma razón de ser o finalidad del plazo para retraer.

Sin necesidad de la escuela de Tübinga ni de crear toda una teoría o dogmática de los intereses protegibles, nuestro Tribunal Supremo se aparta del «frío rigor lógico» lo necesario para acomodar la norma a las necesidades de la vida jurídica.

SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1954.—*Retracto. Gastos no reembolsables.*

No puede comprenderse en el artículo 1.518 del Código civil la minuta de un letrado a quien consultaron los recurrentes sin precisión y voluntariamente y la comisión al corredor que se dice medió en la venta, cuya intervención tampoco fué precisa para ello, pues sólo son reintegrables al demandado los gastos propios y necesarios para la venta, que son los únicos que pueden reputarse legítimos, necesarios y útiles a los efectos del artículo 1.518 del Código civil.

III. Obligaciones y contratos.

SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1954.—*Arrendamiento. Local destinado a cochera. La naturaleza de un contrato no depende de la calificación que le asignen las partes.*

A) Las disposiciones de la Ley especial de 31 de diciembre de 1946 regulan el arrendamiento de edificaciones, cuyo uso se cede para vivienda o para locales de negocio, quedando excluidos de dicha regulación y sujetos a la legislación común los contratos de fincas urbanas para destinarlos a fines distintos de los expresados.

B) El arrendamiento de una cochera o garaje, cuyo uso se cede tan sólo para que el arrendatario pueda guardar en el mismo sus propios vehículos, sin que conste que éstos constituyan elemento de una industria a que aquél se dedique, no tiene el concepto de local de negocio, conforme al artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque no se ejerce con la guarda de los vehículos propios una actividad industrial o mercantil, ni al destinar el local a la expresada finalidad se utiliza como depósito

o almacén para que pueda estimarse comprendido el contrato en el artículo 10 de la misma Ley.

C) Procede desestimar el motivo del recurso en el que se acusa violación del principio general de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, infracción que se pretende deducir de que el propietario del edificio de que forma parte el local arrendado, antes de interponer la demanda de desahucio con arreglo a la legislación común, reconoció que dicho local se hallaba destinado a industria, y acudió al Gobierno Civil anunciando su propósito de demoler el inmueble, haciendo al arrendatario hoy recurrente, por medio de Notario, la notificación prevenida en el apartado b) del artículo 102 de la citada Ley como ocupante de un local de negocio cuyo arrendamiento sería respetado, pero tal manifestación del propietario no prejuzga ni presupone que el local ocupado sea de negocio, ya que la naturaleza de un contrato no depende de la calificación que le asignen las partes ni el acto de la notificación para preparar un expediente de derribo que no llegó a ejecutarse constituye una convención ni causa estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, privándole del ejercicio de los derechos que con independencia de dicho expediente le correspondan conforme a las Leyes.

IV. Sucesión «mortis causa».

SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1954.—*Contador-partidor: facultades.*

En el testamento bajo el cual falleció doña María Honorina S. F. designó por sus herederos en usufructo vitalicio con revelación de fianza por mitad a su esposo, don José María G. G., y a la hermana de la testadora doña Carmen S. F. con facultad expresa para disponer o enajenar su parte en el usufructo de serles preciso para atender a sus necesidades sin exigencias de justificación alguna y con derecho de acrecer entre ambos.

La Sala sentenciadora interpreta la relacionada cláusula testamentaria en el sentido de ser voluntad de la testadora que, aun en el supuesto de que la sobrevivieran los dos herederos usufructuarios, tuviera lugar entre ellos el derecho de acrecer.

El Tribunal Supremo declara que el pronunciamiento de la sentencia recurrida que manda rectificar la partición efectuada por el comisario designado en su testamento por doña María Honorina S. F. en el sentido de que en el derecho de acrecer determinado a favor de uno de los herederos usufructuarios por fallecimiento del otro se incluya la facultad de enajenar para atender a sus necesidades, establecida por la testadora, no infringe los artículos 1.056 y 1.057 del Código civil, cuya violación se alega porque el contador sólo está autorizado para dividir los bienes de la herencia, pero no para alterar los derechos que se deriven del testamento, que es la Ley primordial en materia de sucesión testamentaria.

BARTOLOMÉ MENCHÉN
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de junio de 1952.

A los efectos de justificar la propiedad de un buque de nueva construcción, los constructores y la Sociedad adquirente de la nave otorgaron escritura, haciendo constar los elementos empleados y coste de aquella construcción, y expresando que había sido construido el buque para la Sociedad y por su encargo.

La escritura fué presentada a la Oficina liquidadora, y ésta giró liquidación por «contrato mixto», siendo recurrida con fundamento en que, por tratarse de declaración de propiedad, el acto debe entenderse no sujeto, y en que, por otra parte, el contrato tenía que ser considerado verbal.

El Tribunal provincial, apoyado en el informe de la Abogacía del Estado, entendió que, conforme al artículo 44 del Reglamento basta, a los efectos de la liquidación, que se deduzca la existencia del acto, el cual claramente se desprende con todas sus características y condiciones, incluso consentimiento y precio, del documento presentado, con entrega de éste y de la cosa. Todo ello, en conclusión, acredita cumplidamente que en la escritura presentada se elevó a documento escrito la convención verbal.

Además, por si esto fuera poco, la escritura liquidada no encierra

una simple declaración de la propiedad del buque, sino que concurren en ella constructores y armadores, con lo cual desaparece el carácter unilateral inherente a las declaraciones de obra nueva.

El Central estima que el contenido de la escritura antedicha, aunque contiene la declaración de propiedad y entrega de la nave, no acredita que su adquisición arrancara de documento escrito, y por consiguiente hay que entender que el vínculo jurídico se produjo en forma verbal.

Y ya con tales premisas aplica la interpretación que se vino dando a la exención del número 5.º del artículo 6.º del Reglamento para confirmar la liquidación, puesto que excediendo el contrato de 1.500 pesetas su cumplimiento requiere que conste por escrito, y por lo mismo queda al margen de la exención que ese precepto contiene.

Por nuestra parte decimos que supuesta la premisa de ser el contrato verbal y supuesta la interpretación de ese discutido número 5.º, tan reiterado por el Tribunal, la repulsa de la reclamación es lógica; pero nos parece también que el problema en el supuesto examinado es más honda, ya que si bien es verdad que el contrato fué inicialmente verbal, cabe preguntarse si la escritura no contiene una ratificación plena y detallada de aquella primitiva convención, y si esta ratificación son la concurrencia de los contratantes, no es suficiente para que el acto, así convalidado, haya perdido, ante el Impuesto, su condición de puramente verbal.

O dicho de otra manera: ¿es que la convención verbal, cuando cristaliza en un documento, no deja de serlo para convertirse en escrita y caer así dentro del ámbito del Impuesto?

La teoría contraria podría conducir a insospechadas y trascendentes consecuencias fiscales, porque en puridad de verdad es incuestionable que no hay ninguna convención escrita que no se perfeccione jurídicamente en forma verbal antes de ser plasmada en el papel.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de junio de 1952.

EL NOMBRAMIENTO DE HEREDERO CON LA CONDICIÓN DE QUE SOBREVIVA AL TESTADOR Y TENGA DESCENDIENTES, Y CON LA FACULTAD DE SUSTITUIR POR OTROS LOS BIENES, DISPONIENDO DE ELLOS POR

ACTOS INTERVIVOS AL EFECTO, Y TAMBIÉN MORTIS CAUSA SI TIENE SUCESES DIRECTOS, LOS CUALES HEREDARÁN EN TODO CASO, CONSTITUYE UNA INSTITUCIÓN DE HEREDERO FIDUCIARIO. NO DÁNDOSE LOS SUPUESTOS, LA HEREDERA SERÍA UNA SOBRINA DE LA CAUSANTE.

Antecedentes : El testador, Duque de P., había adquirido por testamento de cierta nobilísima señora, tía suya, cuantiosos bienes, en virtud de la siguiente cláusula : «Instituye y nombra por único y universal heredero a su sobrino —el expresado señor Duque— siempre que le sobreviva y además tenga cuando fallezca descendientes que le sucedan, pero esto no será obstáculo para que mientras viva pueda su citado sobrino cambiar la forma y sustituir los bienes heredados con otros que adquiriera, a cuyo fin podrá disponer libremente por actos intervivos de todos los referidos bienes como si fuera heredero sin condición, y también podrá disponer de ellos mortis causa ; pero esto es para el caso de dejar sucesión directa.»

«En el caso de que su citado sobrino falleciese antes que la otorgante, y también en el caso de que sobreviviéndola falleciese sin dejar descendientes (pues si los dejare éstos heredarán en todo caso los bienes), instituye por heredera de todos los dichos bienes a su sobrina... en la misma forma y con las mismas condiciones...»

El expresado testador conservaba esos bienes, y con relación a ellos dijo en su testamento, después de nombrar heredero a un hijo, que «aunque ninguna duda podrá haber de que en este testamento dispone de aquellos bienes, para mayor claridad desea quede establecido que lo dispuesto en las cláusulas 7.^a y 8.^a para el caso de que le sobreviva su hijo, se ha de entender, tanto por lo que respecta a los bienes procedentes de la herencia de... —la nobilísima señora dicha— como por los que le correspondan por cualquier título, pues al disponerlo así hace uso de la facultad que le confirió... de disponer de los bienes heredados, por actos mortis causa, en el caso de dejar sucesión.»

Con estos antecedentes, y en relación con esos bienes, pues en relación con los demás que el Duque causante dejó, no hubo cuestión, la Abogacía del Estado entendió que no cabía duda que el hijo y heredero del Duque los adquiriría no de su padre, sino en concepto de heredero fideicomisario de la aludida nobilísima señora, con la cual se hallaba en cuarto grado de parentesco, y en su consecuencia giró la liquidación reglamentaria correspondiente al 30,30 por 100, que

importó más de dos millones de pesetas, en vez del tipo de herencia de padres a hijos.

Esta liquidación fué recurrida con el razonamiento de que la cláusula testamentaria de la señora no es indicativa de un fideicomiso, ya que si hubiera querido instituir segundos herederos a los descendientes del Duque no le hubiera dado a éste la facultad de disponer *mortis causa*, por lo que la frase incidental en que la Abogacía del Estado se apoya no constituye un llamamiento directo de la testadora a los descendientes de su sobrino y heredero, a lo que ha de añadirse que el artículo 783 del Código civil exige que los llamamientos sean expresos.

En primera instancia la reclamación fué denegada en razón fundamentalmente de que así la doctrina como la jurisprudencia admiten la eficacia de las sustituciones fideicomisarias de residuo, modeladas sobre el tipo romano del fideicomiso de *eo quod supererit*, que es el contenido en la cláusula testamentaria en discusión.

El Central, después de analizar la doctrina sobre el origen, objeto y vicisitudes de las instituciones fideicomisarias, dice que hay en ellas abundancia de matices que brotan al amparo de la permisón del artículo 780 del Código civil en cuanto a que las disposiciones testamentarias puedan ordenarse bajo condición, lo que implica que también esas instituciones puedan condicionarse, y ello implica que el testador instituyente pueda modelar su voluntad con amplio margen de matices, que, en ocasiones, extravasan el contenido de la figura jurídica de dichas instituciones.

Así sucede con dos posibles autorizaciones conferidas al fideicomisario, consistente, la una, en permitir liberalmente al fiduciario la enajenación de los bienes, sin aplicar al ejercicio de tal facultad las consecuencias del principio de subrogación real, sustituido por el de residuo, y la otra, más previsora, configurada en atribuir al fiduciario un poder de disposición, pero proyectando sobre su utilización los efectos del aludido principio, de tal manera, que el fiduciario puede transmitir los bienes sustituidos o cambiados a modo de permuta operada entre los enajenados y los adquiridos.

Esta segunda modalidad es la que aparece en el testamento de la ilustre dama aludida: permite al heredero, Duque de P., la enajenación *intervivos*, pero no como dueño absoluto de ellos, sino como medio para poder llevar a cabo su sustitución o cambio de forma, dando así entrada a la sustitución real para el caso de que ésta resulte con-

veniente o necesaria, siempre con la mira puesta en que el patrimonio perdure, aunque sea con bienes distintos.

Se trata, pues, se añade, de una sustitución vulgar «in fideicomiso», a la que no se opone el precepto del artículo 783 del Código civil al exigir, para la validez de los llamamientos en la sustitución fideicomisaria, que sean expresos, y repetir tal necesidad en el artículo 785, puesto que la palabra «expresos» no se refiere a las personas sino a los llamamientos, como lo demuestran, entre otros, los artículos 750, 770, 771 y 772.

Trata después el Tribunal del argumento esgrimido en el recurso al decir que si la descendencia del Duque traía causa directa de la causante de éste, en cuanto a los bienes cuestionados y liquidados por tarifa de colaterales, la herencia de la fideicomitente al fideicomisario debió ser considerada como transmisión en usufructo y no en pleno dominio, y a ello contesta que el Código civil no resuelve este problema de la posición jurídica del fiduciario; pero la jurisprudencia ha superado la fase de equipararlo al usufructuario, para asimilarlo al propietario, condición ésta que se aviene mejor con la serie de cualidades y prerrogativas que se atribuyen al fiduciario, las cuales analiza seguidamente la Resolución, sintetizándolas diciendo que todos los derechos y obligaciones atribuidos al usufructuario y también en principio los inherentes a la nuda propiedad, corresponden al fiduciario mientras lo sea, si bien con la carga de restitución.

Esto mismo ocurre a la luz del Reglamento del Impuesto; y así la calificación del heredero instituido como usufructuario sólo procede (arts. 32 y 33) cuando no tiene derecho, en ningún caso, a disponer de los bienes, y en cambio se liquida por plena propiedad la condición potestativa, y la autorización para disponer en caso de necesidad, a tenor de los mismos artículos; por todo lo cual concluye diciendo que analizada la extensión de las especiales y particulares facultades concedidas al Duque de P., se aprecia en ellas que rebasan con mucho las hipótesis fiscales únicas, en las que la liquidación precedente puede ser en usufructo.

Reafirma lo dicho con la interpretación del artículo 675 del Código civil a través de la jurisprudencia, para concluir afirmando con arreglo a ella que los testamentos no han de interpretarse tomando sólo en consideración palabras o frases aisladas, sino la totalidad de la declaración de voluntad, y con tal pauta ha de estimarse en el caso que lo que la testadora quiso fué establecer la sustitución a favor de

la descendencia del Duque de P., y en definitiva acuerda el Tribunal confirmar la liquidación impugnada.

Digamos, por fin, como curiosidad, que el caso estudiado en la Resolución encerraba una interesante cuestión sobre personalidad y capacidad que no fué planteado y estudiado y sí someramente apuntado por el Tribunal, y producida como consecuencia de que la nobilísima señora testadora, si bien era española de nacimiento e hija de españoles, era de nacionalidad francesa por su matrimonio; residía habitualmente en Inglaterra y accidentalmente en España, donde otorgó el testamento discutido.

¿Cuál era, pues, en realidad, atendiendo al artículo 10 de nuestro Código civil, la ley que debiera aplicarse en cuanto a la capacidad de la testadora, en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, supuesto que, con arreglo a ese precepto, tales extremos «se regularán por la Ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate?»

El problema, como decimos, no hizo más que apuntarlo el Tribunal, y otro tanto hacemos nosotros, dado que nuestro papel en esta Sección de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO no es el de estudiar temas de Derecho civil fuera de su directa conexión con el Impuesto de Derechos reales. Por esa razón nos limitamos a enunciarlo, dejándolo a la consideración del curioso lector.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de junio de 1952.

Antecedentes: En virtud de escritura pública, D. J. C. adquirió de cierta Entidad, y en precio de 400.000 pesetas, un vapor pesquero, y presentado el documento a liquidación, la Oficina liquidadora requirió al interesado para que aportase escritura acreditativa de la propiedad del buque, a fin de determinar el valor que ella le asignó, y también certificado del Ingeniero Naval Inspector de buques de la Comandancia; presentándose como consecuencia de tal requerimiento, testimonio notarial del valor asignado en la escritura de propiedad al buque y manifestando el comprador que el dicho Ingeniero no expidió el aludido certificado de valoración.

La Oficina liquidadora estimó que el valor de 400.000 pesetas

asignado al buque en la escritura de compraventa era inferior al real, y que eran deficientes los medios comprobatorios aportados para conocer el verdadero valor de la nave, atendiendo al consignado para otros barcos de tonelaje y características similares en escrituras presentadas en la misma Oficina, y, en su consecuencia, acordó la práctica de la tasación pericial y requirió al interesado para que designase el perito que hubiera de representarle en la tasación.

Tal acuerdo fué recurrido por el comprador ante el Tribunal provincial, alegando que el artículo 80 del Reglamento, en su apartado 21, establece los medios ordinarios de comprobación, los cuales no fueron empleados y apurados por el Liquidador, el cual hizo uso directamente del extraordinario del artículo 81, sólo utilizable después de haber utilizado sin éxito los ordinarios, y, en su consecuencia, pidió la nulidad del acuerdo impugnado.

El Liquidador informó diciendo que había exigido al interesado los comprobantes que antes hemos mencionado, de los que no aportó más que la escritura aludida, y como el valor así obtenido lo estimó muy inferior al de adquisición de buques de características semejantes, hizo uso de las atribuciones que confieren los artículos 81 y 90 y siguientes del Reglamento, acudiendo a la tasación pericial, por entender que antes de llegar a ella no es necesario que se utilicen todos los medios ordinarios de comprobación sino que es suficiente el empleo de alguno de ellos.

El Tribunal provincial dijo que en el caso sólo podían aplicar como medios ordinarios de comprobación el del valor de la última transmisión, que fué tenido en cuenta, y el de la póliza de seguro del barco, la cual no debía existir según se colige de los actos del recurrente, puesto que de existir el contrato de seguro hubiera alegado la no petición de dicha póliza, y añadió que al artículo 90 no debe dársele un alcance que pugne con su espíritu y menos entenderse tan literalmente que pueda fundarse un acuerdo revocatorio.

En su consecuencia, resolvió diciendo que lo procedente es que el comprador presente la dicha póliza, si realmente existe el contrato de seguro, y si no que prosiga el expediente de tasación pericial. Ante el Tribunal central, el recurrente reafirmó su argumentación y la reforzó diciendo que al recomendar el Tribunal provincial la utilización del medio comprobatorio de la póliza de seguros, implícitamente reconoce la infracción reglamentaria alegada, y que, por tanto, la declaración de nulidad es inevitable; y el mencionado

Tribunal central empezó por sentar que había una cuestión previa que examinar, cual es la de dilucidar si el acuerdo cuestionado reúne los requisitos y características que el Reglamento de Procedimiento determina en su artículo 1.º para poder ser impugnado con arreglo a las normas procesales del mismo, o sea, si se trata de un acto administrativo reclamable.

Eso supuesto, dice que el acuerdo de una Oficina liquidadora sobre la práctica de la tasación pericial no es un acto administrativo propiamente dicho y, por tanto, reclamable, según se infiere del artículo 90 y concordantes del Reglamento del Impuesto, sino que es una diligencia o providencia de mera tramitación contra la que no cabe recurso, a diferencia de lo que ocurre, a tenor de los artículos 85, 99 y 207, cuando se trata de la aprobación de la comprobación de valores, de los acuerdos de revisión de fijación de base liquidable como resultado de la tasación pericial ya practicada, y liquidaciones giradas y acuerdos relativos a comprobación de valores y determinación de base liquidable; y añade que la consecuencia procesal de esas consideraciones es la declaración de la nulidad de todo lo actuado a partir del acuerdo de la Oficina liquidadora determinante del recurso y la continuación del expediente de tasación pericial, en su día comenzada, y en la forma establecida en los artículos 90 y siguientes del Reglamento.

Comentarios: Diremos sencillamente, por nuestra parte, que la esencia de la cuestión está en distinguir el simple acto de gestión del acto administrativo propiamente dicho, y su diferenciación o la norma para llevarla a cabo nos la da el preámbulo del Decreto-ley de 16 de junio de 1924, creador de la jurisdicción económico-administrativa, cuando en su preámbulo dice que se transfiere a esa jurisdicción «la tramitación y resolución de las reclamaciones que se promuevan contra los actos de liquidación y reconocimiento de los derechos económicos del Estado y los de aplicación de las leyes y reglamentos tributarios y de recaudación de las contribuciones e impuestos»; a lo cual añade el artículo 1.º del Reglamento de 29 de julio de 1924, desenvolviendo el contenido de dicho orgánico Decreto-ley, y después de determinar genéricamente la función de la Administración, que él llama gestión, que el acto administrativo es el que declara o deniega un derecho y que las reclamaciones contra ellos son las que determinan la competencia de la aludida jurisdicción por los cauces que dicho Reglamento determine.

Expuesto así el concepto del acto de pura gestión y el del acto administrativo, es claro que la decisión de un Liquidador, aplicando uno u otro medio probatorio e incluso echando mano del de la tasación pericial, es función de mera gestión y no acto administrativo que «declare o deniegue un derecho o una obligación del contribuyente».

LA REDACCIÓN

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeñas,
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID

V A R I A

OPOSICIÓN A LAS OPOSICIONES.

Con este lema, que pudiera encerrar todo un programa, dice «Ya», de Madrid, de este mal sistema que consume las energías nacionales, en una labor relativamente inútil :

«Acaba de surgir una «oposición a las oposiciones». En el último número de «Ateneo», y bajo este expresivo enunciado, leemos dos artículos (firmados por Gambra y Pens), en los que a propósito de las oposiciones se dice lo siguiente :

«Ante todo, no se puede pensar en sustituir la oposición por el «procedimiento del dedo», porque esto equivaldría a colocar a pacientes y amigos. No obstante, la oposición tiene graves inconvenientes : Es un sistema que consume gran parte de las energías nacionales en una labor relativamente inútil. Se puede decir que existe la profesión de «opositor» que no aprovecha a nadie ni a nada.»

«Además, el régimen «oposicionista» no valora los motivos «extra-intelectuales» que deben tenerse en cuenta para muchas oposiciones. Más aún : el opositor una vez ganada la oposición, cree haber ganado en buena lid un derecho vitalicio al descanso y hasta se crea «el espíritu de cuerpo», una de las mayores lacras de la sociedad española y una de las bases de su tan aireada ingobernabilidad.»

Por los mismos días nosotros, desde el Boletín «Hogar», de la A. C. N. de P. de F., calificábamos el sistema de oposiciones de brutal, y aun podríamos añadir que brutalizador, por lo que tiene de memorístico en su preparación y de alcatorio en su desarrollo. Es una especie de quiniela didáctica en la que un joven ya maduro y

cargado de horas de trabajo y de problemas a la vista, principalmente el económico, se juega su porvenir en una hora y por obra, en mucha parte, de un sorteo.

¿No es demasiado para erigirlo en institución nacional? ¿La excusa, o si se quiere, razón, de nuestra pobreza social bastará para mantenerlo?

Se nos dirá, con razón, que en vez de criticar y lamentar busquemos el sucedáneo honesto y que ofrezca menos inconvenientes, y a eso vamos. No con la pretensión de acertar, sino con la de «replantear» un problema complejísimo.

Rechazado el sistema «del dedo» y sus afines, o sea el concurso, la escala de méritos, etc., que no son sino el nepotismo encubierto, y a veces sin encubrir, la reforma tiene que basarse en la de la misma Universidad, tan necesitada de ella. Nos remitimos para no cansar a nuestro artículo «Ante la multitud universitaria», que publicamos como editorial el pasado abril —núm. 66, 3.^a época— en dicho Boletín, porque expresa el sentir medio de miles de padres de alumnos españoles. Tanto que la Confederación N. que formamos llevará este tema, como único, a su próxima Asamblea Nacional, la XVI, que se celebrará, D. m., en Zaragoza.

Y la reforma de la Universidad que propugnamos ese sector de padres, en relación con las carreras de nuestros hijos universitarios, es, más o menos, ésta:

Si el Estado, ni pedagógica ni económicamente, puede resolver bien el problema docente universitario, que no siga empeñado en monopolizarlo y que delegue parcialmente su realización en la sociedad, todo lo controlada esta delegación que él mismo juzgue conveniente. Ni más ni menos que hace con las otras enseñanzas: con la Media y con la Primaria.

¿Qué razón hay para que autorice Institutos franceses o británicos y no pueda haberla, p. ej., para una Universidad italiana o norteamericana?

¿Y por qué en los EE. UU y en todos los países cultos han de prosperar Universidades libres de fundación particular, sean confesionales o no, y en España han de ser precisa y estrictamente estatales, como las concibió hace siglo y pico Napoleón?

Se dirá que el Estado quiere ejercer el control de sus títulos; pero precisamente el sistema de oposiciones es la más rotunda negación de aquéllos. Porque un Licenciado de sus Facultades lo único

que puede ser, si quiere entrar a su servicio, es precisamente eso: opositor.

¡Y en qué forma! Todos las hemos padecido y las vemos padecer acrecentadas, si cabe, en nuestros hijos. Y el resultado, cuando se logra, es lo que los extraños a los escalafones llaman, con razón, siquiera en parte, «sesteo escalafonal», «ingobernabilidad» y «espíritu de Cuerpo». Mal espíritu, añadiríamos nosotros, porque el bueno es deseable, lo mismo que la independencia del funcionario, y nadie lo podrá imparcialmente censurar.

¿Pero, cómo se lograrían aquella reforma y esta honrada selección formativa, que creara el «buen espíritu» de Cuerpo?

Ante todo, reforzando con mejores dotaciones y aligerando de carga numérica a la Universidad actual, que tiene mucho de bueno y aprovechable, y más tendrá, cuando el profesor en ella no constituya heroico renunciamiento a vivir con un mínimo de desahogo económico.

Para esto, Universidades Libres; al lado, no enfrente, de la Universidad oficial; y concatenados los esfuerzos de ambas en plan de colaboración mutua.

A unas y a otras confiar la formación inicial y básica de los futuros funcionarios; pero, dentro de ellas, y al mediar las carreras, seleccionar por las puntuaciones medias logradas en el discurrir de exámenes, ejercicios y prácticas ordinarias, tanto como en oposiciones racionales de conjunto (principalmente por ejercicios escritos y estos escritos publicados, quiénes deben pasar dentro de la Universidad, a las Escuelas Especiales entroncadas en ellas y formados sus cuadros por Catedráticos y profesionales alternativamente, según las materias. Ya, sin este entronque, hay entre nosotros las Escuelas Especiales, Diplomática y Judicial, ¿por qué no intentar la Notarial, Hipotecaria o Registral y Fiscal, Comercial del Estado, etc.? Sin comprobar el detalle, me informan que así empieza a practicarse en Francia. Las diez Universidades oficiales y otras tantas libres concurrirían con sus puntuaciones, publicaciones y prácticas a esas Escuelas Especiales, repartidas entre ellas. Y no habría sorpresas finales trágicas ni para el muchacho verdaderamente estudioso y honrado, ni para el Estado que quisiera admitirlo en sus escalafones.

Todo menos el «quinielismo» que ahora sufrimos en la presente desorganización.

EL AVAL DE LA LETRA DE CAMBIO, por *Emilio Langle y Rubio*, Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad de Granada.— Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1954.

Es una monografía de poco más de 150 páginas, que se lee de un tirón por la amenidad de su contenido y las bien fundadas conclusiones, sin que resulte farragosa en ningún momento, incluso para quienes viven alejados de la letra de cambio y de sus problemas. Es patente la mano de un Catedrático y la prosa de un veterano y experto publicista, dirigida al profesional del Derecho y muy provechosa para quienes se relacionan con el Comercio y con la Banca, en calidad de clientes. El círculo a que alcanza es, pues, muy considerable.

La lectura pone de manifiesto la escasísima atención que se ha prestado al aval, hasta hace poco tiempo, cuando los problemas que plantea son abundantes y complejos, tratados por lo general muy superficialmente. Esto se afirma en el prólogo, con mención de los contados estudios especiales, para los que sobran los dedos de una mano y cuyas fechas más próximas señalan a 1933. Pero, además de afirmarlo, se prueba en las páginas siguientes, después de exponerse el concepto y los caracteres principales del aval (obligación directa, personal, parcialmente autónoma, de pagar la letra a su vencimiento; no es de carácter accesorio; impone la responsabilidad solidaria, salvo limitación expresa; es inexcusable el previo protesto por falta de pago; el avalista puede no ser un tercero).

Antecedentes históricos; etimología; empleo en el siglo XIV; Ordenanza francesa de 1673 y Code de 1807; Código español de 1829, de tónica francesa. Cosa curiosa: el aval es engendrado por la desconfianza y al mismo tiempo es engendrador de una mayor seguridad. Exterioriza la debilidad de la letra y de aquí surgió el aval en documento separado.

Hasta la Ley Uniforme, redactada en Ginebra en 1930 (por cierto sin incorporar a nuestro Derecho cambiario, inexplicablemente), las opiniones legales y doctrinales eran divergentes. Francia no le distingue bien de la fianza común y hace depender la obligación del avalista, como accesoria, de la obligación del avalado (la nulidad de la primera arrastraría al aval; puede servirse el avalista de las excepciones oponibles por el avalado). Contadas excepciones se desvían de esta doctrina, hasta 1935. La escuela alemana insiste en el ca-

rácter accesorio, aunque no de manera absoluta, hasta 1933, que se aceptó la Ley Uniforme. Italia profundizó más en la naturaleza jurídica: distingue netamente el aval de la fianza; aparece ya la obligación directa y propia, independiente. Tesis más moderna en Bonelli, Vivante y Navarrini; la del último fué aceptada en la Ley Uniforme.

En España, los tratadistas y la jurisprudencia no orientan, sino que confunden. Hay un desfile de figuras jurídicas mercantilistas. Sánchez Román y Gallifa ve claro; se opone Garrigues. San José Cámara perfila la obligación como «perfecta, abstracta, solidaria, autónoma e independiente», en franca rebeldía con la doctrina tradicional. Nuestro autor se inclina hacia la opinión moderna y contesta a las tres preguntas concretas, relativas a qué quiso decir el legislador en 1885, a qué dijo y a qué nos conviene que dijera. Examina después los elementos personales (avalista, pluralidad de avalistas, avalado y beneficiario), y la forma del aval (aval en blanco y en documento separado). Señala las clases de aval (absoluto; limitado por tiempo, caso, cantidad o persona; anticipado; de letra vencida; de letra en blanco). Las opiniones, algunas avanzadísimas, pero muy sugestivas, están expuestas al resumirse los efectos jurídicos de cada clase de aval, las relaciones entre avalista y acreedor cambiario, las del avalista con el deudor avalado y demás deudores cambiarios y la relación entre coavalistas. Langle no oculta cuál es la suya, que creemos de un decisivo interés para el porvenir de esta institución mercantil, cuyo horizonte abre esta monografía hasta metas sospechadas, pero que hasta ahora no han sido recorridas con el paso firme de los investigadores, de los cuales el autor es el primero en el tiempo y muy posiblemente el iniciador de una progresiva evolución, muy provechosa para el Derecho cambiario, que busca la seguridad en el tráfico, la sencillez en la forma y la rigidez y claridad en los resultados.

EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN NATURAL, por *Manuel Albala-dejo García*.—Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1954.

Este joven Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Oviedo, autor ya de varios trabajos de indudable interés, publicados en revistas especializadas, ha escogido un tema espinoso y tri-

partito en el sentido de que cae dentro de la órbita de la moral, del derecho y de la biología, que a veces siguen distintas direcciones. La moral impone obligaciones inexcusables; la biología nos dice que cada hijo tiene un padre y una madre (*¿quid* de un caso extravagante y posible de inseminación artificial?); el derecho establece la paternidad jurídica, que a veces no implica una correlación con la paternidad biológica, y presume o sienta afirmaciones inatacables, no coincidentes con ésta, pero que son necesarias, ya que las legislaciones no pueden esperar al día del juicio, en que termina su vigencia, para conocer con certeza de quiénes son los hijos, el dinero y los sermones, según el refrán popular.

El reconocimiento nace del Derecho actual. El Derecho romano, las Partidas y las Leyes de Toro lo ignoraron en la forma actual, pues mientras que los primeros fijan la filiación por el concubinato, la barraganía o la filiación de sangre, en las últimas el reconocimiento del padre sirve para hacer natural al hijo si podía casar con la madre en el momento de concebir o del nacimiento, mientras que en el Código civil la naturalidad es un presupuesto del reconocimiento y, por tanto, anterior a él. El autor nos dice también el criterio de los Derechos francés, italiano y alemán.

El contenido del reconocimiento depende de que se siga el criterio de los llamados reconocimiento-confesión, reconocimiento-admisión y reconocimiento-afirmación de paternidad. El último es perfectamente admisible en nuestro Derecho positivo.

La naturaleza la pretenden explicar las siguientes teorías: de la confesión, de la declaración, de la doble naturaleza (medio de prueba y acto jurídico), del acto de poder, del negocio jurídico y del acto jurídico en sentido estricto. Los caracteres del reconocimiento vienen determinados por ser acto voluntario, expreso, personalísimo, unilateral, independiente y aislado para cada padre respecto del otro, individual respecto al hijo, puro, sin posible contraprestación, solemne y constitutivo e irretroactivo. Las clases de reconocimiento: unilateral por un padre, unilateral por los dos padres y bilateral. La forma: en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público.

En cuanto al sujeto del reconocimiento: sujeto activo (paternidad natural y capacidad del reconocedor); sujeto pasivo (filiación natural, filiación legítima no reconocible, filiación natural presunta), con mención expresa de los estados en que puede hallarse un hijo

natural y estudio del reconocimiento del hijo adoptivo (del reconocedor o de otros padres), del anteriormente reconocido por otra persona del mismo sexo que el reconocedor, de quien se presume no hijo del reconocedor, del concebido pero no nacido, del hijo premuerto (es imposible el reconocimiento del no concebido).

Se exige: el consentimiento del mayor, la autorización judicial para el del menor de edad. No cree necesaria la autorización marital, en su caso. Los efectos tienen un momento desde el que se producen. Acceso al Registro civil.

Está muy cuidada la exposición de la invalidez e ineficacia del reconocimiento, con indicación de las doctrinas francesa e italiana, y, desde luego, la española. Siguen los supuestos de invalidez en particular: por no coincidir con la realidad, por defecto de forma o existir violencia, por falta o vicio de la voluntad (incapacidad, error observativo, intimidación, error, vicio y dolo). Después de tratar de la reserva mental, simulación y *animus jaciendi* (broma), se detiene el autor en la acción de impugnación, según los distintos casos que pueden presentarse, y se termina con una relación de autores y obras citadas muy completa, ya que abundan en el texto y se prodigan constantemente, con las correspondientes referencias a la jurisprudencia y al Derecho comparado.

Albaladejo no se limita a exponer, sino que concreta su opinión en todos los puntos que estudia, una vez fundamentada. El efecto del reconocimiento es el convertir en filiación jurídica la filiación biológica (constituir un estado): este efecto se produce *ex lege*. No hay deber jurídico de reconocer, sino un deber social y moral. En los demás puntos continuamente aparece: nuestra posición, nuestra opinión, conclusión, etc.

La obra es muy profunda, de fácil y necesaria consulta, y creemos que agota el tema en sus orientaciones doctrinales y en sus conclusiones prácticas.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad