

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIV

Abril 1948

Núm. 239

## La Authentica «si qua mulier»

### COMENTARIOS A UNA RESOLUCION

Salen a la publicidad estas notas venciendo timideces y temores de neófito, sin ánimo de definir «ex cátedra» y sólo con la más modesta pretensión de que otros compañeros más versados en Derecho romano puedan poner en claro el valor y alcance de aquella disposición, vigente en Navarra y Cataluña, ya que la Dirección general ha vacilado últimamente, con la consiguiente confusión interpretativa por parte de los Notarios y Registradores que deben aplicarla.

Bien se nos alcanza el escaso interés general de la materia, y aun, si se quiere, su escasa utilidad práctica, reconociendo que no habían de conmoverse las esferas de la juridicidad por su supresión, asimilando a la mujer navarra y catalana con la sometida al Derecho civil común; pero mientras el Tribunal Supremo y la Dirección general de los Registros, de acuerdo con ilustres foralistas, nos digan que en ambas regiones rige el Derecho romano como supletorio y que son de aplicación el «Senado Consulto Velleiano» y la Authentica «si qua mulier», sería conveniente fijar con claridad y precisión su verdadero alcance para unificar criterios de aplicación. A ello tiende, muy precariamente, el presente trabajo.

El «Senado Consulto Velleiano», fundado, como ya dijo la Dirección general en Resolución del año 1926, en la inexperiencia de las mujeres, en su ligereza de corazón y hasta en la imprudencia

o debilidad de las casadas, que en frase gráfica resume R. Von Mayr en la expresión latina «propter imbecilitatem sexus», las prohíbe salir fiadoras de cualquier persona.

Veamos cómo y en qué términos se desarrolla esta idea en los propios textos latinos.

En el liber XVI, tit. I, del Digesto se lee:

«Velleiano Senatus Consulto plenissime comprehensum est, *ne pro ullo feminae intercederent*». Lo que significa: «Con toda claridad se consignó en el S. C. Velleiano que las mujeres no fuesen fiadoras de persona alguna.» Seguimos en estas y siguientes citas la traducción de Ildefonso García del Corral en su «Cuerpo de Derecho civil».

En el mismo liber, tit. XXIX, *ad edictum*. Ulpianus:

«Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii edictis eurom est interdictum *ne feminae pro viris suis intercederent*.» Y a la verdad, primeramente en los tiempos del divino Augusto, y después en los de Claudio, se había prohibido, por edictos de ellos, que las mujeres fuesen fiadoras por sus maridos.

Del propio texto del S. C. Velleiano:

«... Quod ad fideiusiones et mutui dationes, *pro aliis quibus interceserint feminae* ...» Que por lo tocante a las fianzas y a las daciones de mutuo por otros por quienes hubieren salido fiadoras las mujeres.

Del mismo título:

«Sed etsi mulier defensor alicuius extiterit, procul dubio *intercedit* suscepit enim in se alienam obligationem, quippe quum ex hac re subeat condensationem. Proinde *neque maritum, neque patrem neque filium* permititur mulieri *defendere*.» Pero aunque la mujer hubiese quedado defensora de cualquiera, no hay duda que *afianza*, porque toma sobre sí una obligación ajena, puesto que por esta causa sufre condena. Por consiguiente, a la mujer no se le permite defender ni a su marido, ni a su hijo, ni a su padre.

En el mismo libro y título se leen frases como las que siguen:

«Interdum *intercedenti mulieri*.»

«Plane si *mulier intercesura*.»

«Quoties *pro debitore interceserit mulier*.»

De intento se han subrayado las palabras latinas que expresan la idea de la fianza. Obsérvese el uso del *feminae*, de más amplio

sentido que su sinónimo *mulieres*; el constante empleo del verbo *intercedere* en sus diversos tiempos, con significación de afianzar, salir fiador; los ablativos *ullo viris*, *aliis*, regidos siempre por la preposición *pro*, *en favor de*, que nunca se omite.

De los anteriores textos se desprende la prohibición del S. C. Velleiano a toda mujer, soltera o casada, de salir fiadora de cualquier persona, ya sea familiar o extraña, y aun la de defender a sus más próximos parientes, por considerar a la defensa como equivalente a la fianza. El Derecho romano no prohibía a la mujer asumir una responsabilidad directa en virtud de tal S. C., ni siquiera vender, si era mayor de veinticinco años, sus bienes y entregar el dinero a su marido, según reza la ley tercera del liber IV, tit. XXIX del Codex repetitae praelectionis; tampoco era amparada cuando medió engaño por parte de la mujer. La ley segunda del mismo libro y título aclara perfectamente cuándo la mujer es realmente fiadora, y se la separa de la excepción del S. C. cuando se obliga principalmente como deudora; porque es de esencia de la fianza que la mujer no se *aproveche ni deba nada*, sino que quede *obligada en favor de un deudor* frente al acreedor de éste.

El texto latino es suficientemente claro, y no renunciamos a su transcripción:

«Frustra S. C. exceptione, quod de *intercessionibus feminarum* factum est uti tentasti quoniam principaliter ipsa *debitrix fuisti*. Eius S. C. exceptio tunc mulieri datur quum principaliter ipsa *nihil debet*, sed *pro alio debitore apud creditorem eius interceserit*.»

Si a todo esto se añade que el S. C. Velleiano producía solamente una *exceptio*, que, pasado un plazo de dos años, si se ratificaba quedaba válida la fianza, y que, además, según los más autorizados romanistas, podía renunciarse al beneficio, se comprenderá la poca utilidad práctica para la protección de la mujer, sobre todo de la casada.

Para evitar estos inconvenientes, y con el fin de una eficaz protección, publicó Justiniano aquella Constitución, recogida en la Novela 134, capítulo VIII, adicionada después con alguna ligera variante al liber IV, título XXIX, del Codex, conocida por la Authentica «si qua mulier».

El texto latino reza así:

«Si qua mulier *instrumento crediti, consentiat proprio viro, aut*

*scribat, et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, jubemus, nullatenus huiusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum, sive publicum sit debitum, sed ita esse, ac si neque (factum quid quam neque) scriptum esse, nisi manifeste probetur, quia pecuinae in propriam ipsius mulieri utilitatem expensae sint.*» Las palabras entre paréntesis figuran sólo en su inserción en el Código, pero no en la Novela.

Los párrafos en primer término subrayados han originado diversas traducciones, habiendo comprobado hasta cuatro distintas.

García del Corral traduce así en la Novela 134:

*«Que si en un documento de préstamo le prestara alguna mujer su consentimiento a su marido y obligara sus propios bienes o se obligara ella misma, mandamos que de ningún modo tenga validez o subsista nada de esto, ya si algo semejante se hace por la misma cosa una sola vez, ya si muchas, ora sea privada, ora pública la deuda, sino que sea lo mismo que si (nada se hubiera hecho) ni escrito, a no ser que manifiestamente se pruebe que el dinero se gastó en utilidad de la misma mujer».*

El mismo G. del Corral traduce las mismas palabras en su inserción en el Código de esta otra manera:

*«Que si la mujer prestara su consentimiento en favor de su marido en un instrumento de crédito o escribiera y constituyera obligada a su propia hacienda o a ella misma, mandamos, etc.»*

Baccardi, en su «Cuerpo del Derecho civil», Barcelona, 1874, dice así:

*«Creemos conveniente disponer que siempre que una mujer se obligue a título de préstamo, no pueda hacerlo ni personal, ni con sus bienes, ni de otro modo alguno en favor de su marido.»*

Alonso, tomo II, Madrid, 1848, da esta otra versión:

*«Si alguna mujer consintiese en el instrumento de crédito a su propio marido o lo escribiese u obligase sus bienes o su persona.»*

Como fácilmente se observa, una misma frase, *consentiat proprio viro*, se traduce de muy distintos modos. Una vez se le da al sustantivo valor de dativo, y, como es natural, queda sin sentido la frase. Otra vez el mismo autor le da valor de ablativo, inventándose la preposición *pro*, que no existe en el texto. Alonso le vuelve a dar valor de dativo, y Baccardi, valor de ablativo, añadiendo «en favor de» y extendiendo el significado a la siguiente oración.

Las palabras *instrumento crediti* se traducen por *documento de préstamo, instrumento de crédito y a título de préstamo*.

Hasta aquí, los traductores directos, que luego los comentaristas, y aun la misma Dirección, nos hablan de *intercesiones de las mujeres en favor de sus maridos*. (V. Shom, en «Instituciones de Derecho romano», pág. 376, y el considerando primero de la Resolución de 8 de junio de 1926.) De la intercesión a la fianza no hay más que un paso, y son otros muchos los que ya abiertamente nos dicen que dicha Authentica sólo prohíbe *la fianza a favor del marido*, y ello sólo cuando no se prueba que el dinero se ha invertido en utilidad de la mujer. (V. Borrell y Soler, tít. III, pág. 464, «Derecho civil vigente en Cataluña» y el primer considerando de la Resolución de 19 de noviembre de 1944, por no citar a más.)

Mas a nosotros se nos ocurre preguntar: ¿Cuál será la fianza en que la fiadora pueda gastarse en su propia utilidad el dinero que recibió del deudor? ¿Cuál será el deudor que obligue su patrimonio y busque además fiador para luego entregar a éste el dinero recibido de su acreedor? ¿Para qué acudir el marido al expediente de una obligación y de una fianza cuando es mucho más fácil que la mujer se obligue directamente, ya que el dinero se había de gastar en sólo su provecho?

Véase, pues, cómo malas traducciones y peores interpretaciones desfiguran el claro y recto sentido de una Constitución, inspirada, según dijo certeramente la Dirección General en la Resolución de 1926, «en las consecuencias con que la excesiva preponderancia del marido, los respetos de la mujer y su deseo de conservar la paz conyugal pueden amenazar en cierto modo el *patrimonio familiar*. Mejor debiera decir el *patrimonio de la mujer*.

Si, pues, son distintas las razones que inspiraron al S. C. Velleiano y a Justiniano en su Authentica, es evidente que han de tener significación distinta, pues menguado será suponer que éste no hiciera otra cosa que repetir la misma prohibición de aquél, si quiera sea con mayor sanción.

En efecto; la Authentica, promulgada bastante después que el S. C., tenía y tiene un mayor alcance, y por lo mismo no emplea iguales ni parecidos términos a los que empleaba el S. C. y el Código para expresar su pensamiento. Aquella tiene una mayor amplitud, y en ella se cierra el paso a posibles desviaciones y encu-

biertos fraudes, que ponían en peligro los bienes de la mujer casada. Prohibe, y ¡con qué fuerza lo prohíbe!, no sólo las obligaciones conjuntas de marido y mujer a título de préstamo, sino también aquellas otras en que la mujer, separadamente, se reconoce deudora personal y directa o llegue a hipotecar sus propios bienes; que éste y no otro tiene que ser el significado de aquellas palabras, tan diversamente traducidas e interpretadas.

Aun a trueque de merecer el dictorio de presunto dómíne, séanos permitido hacer un ligero análisis de las palabras y oraciones que venimos comentando, para desentrañar después, con ayuda de la Gramática, su verdadero sentido y significación:

Así, *mulier*, mujer casada, en nominativo, como sujeto de dos oraciones distintas.

*Instrumento crediti* = a contrato de préstamo. Idea más amplia que la de documento. Es ablativo instrumental con un genitivo. R. de Miguel cita la frase del Digesto «*instrumentum emptio-nis*» = a contrato de compra. Indica el medio o instrumento con que la acción se realiza.

*Consentiat*. Presente de subjuntivo, con que se construyen las oraciones condicionales posibles para diferenciarlas de las no reales y de las efectivas. Es un verbo compuesto de la preposición *cum* y del verbo *sentire*. Más que *dar el consentimiento*, significa convenir, concertar. (Vide R. de Miguel y «Gramática latina», del Dr. W. Votsch. Editorial Labor, pág. 173.)

*Proprio viro* = adjetivo y sustantivo en ablativo, complemento indirecto del verbo anterior; no lleva preposición expresa, pero le rige la preposición *cum*, que lleva el verbo. Si le rigiera *pro* estaría expresa, como hemos visto anteriormente. La preposición *cum* se suprime muchas veces en latín, mientras en castellano es imprescindible (ideas de compañía, coincidencias, acompañamiento). (W. Vochts, pág. 110.)

*Propriam substantiam* y *se ipsan obligatam* son dobles acusativos, que rigen al verbo *facere*. (El mismo Votsch, pág. 88.)

*Aut* = a ó, distinto de *vel* = a ò. para señalar diferencias esenciales.

*Faciat*. Presente de subjuntivo de otra oración condicional posible.

Con tales elementos podemos ver con claridad que el párrafo

examinado contiene dos oraciones condicionales posibles, con un sujeto e instrumental común, que separa una coma y dos términos disyuntivos cada una, que podemos expresar así:

1.<sup>a</sup> «Si qua mulier instrumento crediti, consentiat proprio viro aut scribat.»

2.<sup>a</sup> «Si qua mulier instrumento crédito, se ipsam obligatam faciat, aut propriam substantiam.»

En la oración primera falta el término de la disyuntiva opuesto a *scribat*, y que debe ser *faciat*, ya que más tarde aparece la oración complementaria «ac si neque *factum* quidquam, neque *scriptum* esse».

La segunda oración es por completo independiente de la primera, y no le afecta para nada el término *proprio viro*. En ella están presentes los dos términos de la disyuntiva.

Si la Gramática no miente, y sus preceptos han sido rectamente aplicados, la traducción correcta de la Authentica sería como sigue:

«Si una mujer casada, en un contrato de préstamo, conviniere, en unión de su propio marido, de hecho o por escrito (lo hiciera o suscribiera), y si ella por sí sola se obligara a sí misma u obligare sus propios bienes, mandamos..., etc.»

La prohibición de la Authentica es clara y rotunda, y abarca los contratos de préstamo que hiciera en unión de su marido y los que ella sola realice con obligación personal o real. Sólo en este sentido tiene verdadero significado la excepción que al final consigna: «Nisi manifeste probetur, etc.» Justiniano conocía el problema que quería remediar, y sabía, como todos sabemos, que en la mayoría de los contratos en que la mujer se obliga, lo hace por su situación en el matrimonio; que en casi todos es el marido quien recibe y gasta las cantidades recibidas por la mujer, ora en su particular provecho, ora en beneficio de la sociedad conyugal, y sólo permitió aquellos préstamos cuando se *probare manifestamente* que el dinero recibido se había gastado en provecho de la mujer.

La Ley 61 de Toro, inspirada en el S. C. Velleiano, y en parte en la Authentica, prohíbe a la mujer casada salir fiadora del marido y *obligarse de mancomun con éste*, con la misma excepción y siempre que el provecho no consista en aquellas cosas (alimentos, ropas, etc.) que el marido debe a la mujer.

En la «Novísima Recopilación» también se recogió, en parte,

el mismo espíritu de prohibición. En «Los Códigos españoles», por nota c) a la Ley III, tít. XII, partida V, se lee: «Deberá tenerse presente que la mujer no puede obligarse por fiadora de su marido, aunque *se alegue* que la deuda se convirtió en provecho de la mujer; y cuando se obliguen a mancomún marido y mujer, no quedará obligada ésta a cosa alguna, a no ser que *se pruebe* haberse convertido en utilidad de ella.»

El privilegio «Recognoverunt próceres» (excepción aplicable en Barcelona) lo recoge Durán y Bas en la Memoria articulada acerca de las instituciones de Derecho civil en Cataluña, mandada hacer por Decreto de 2 de febrero de 1880, y en su artículo 188 dice así:

«En Barcelona, la mujer no queda obligada en los *contratos de mutuo* y depósito que celebra *junto con su marido*, mientras sean suficientes los bienes de éste; y en caso de no serlo, sólo lo queda en cuanto a la mitad, aun cuando hubiere jurado y renunciado al beneficio del S. C. Velleiano y demás que le favorezcan.»

Unos y otros textos legales recogen en parte el sentido de la Authentica, y hasta en el último se observa la coincidencia de traducción y de sentido.

Veamos lo que dicen dos autores, uno navarro y otro catalán.

Alonso (ob. citada, pág. 28) nos dice que «la Authentica trata del inútil consentimiento a un instrumento de crédito de su propio marido, aunque la mujer lo escriba o se *constituya principal obligada*».

Vallés y Pujals, en su obra «Del préstamo a interés. De la usura y de la hipoteca» (pág. 41), después de afirmar que la Authentica rige en Cataluña y que ésta declara nulo todo acto de intercesión a favor del marido, añade: «Aquella sanción comprende no sólo los casos en que la mujer afianza clara y directamente obligaciones de su marido, sino *aquellos otros* en que aunque se *constituya deudora principal*, el beneficio del préstamo lo haya reportado el marido». Atinadamente empleó aquí la palabra *beneficio*, que no es lo mismo que decir *dinero recibido*, ya que éste, aunque lo reciba la mujer, no indica que se haya de invertir en su provecho.

Con el auxilio de los antecedentes examinados, el sentido de la Authentica resultaba claro y evidente; pero no podíamos concebir por qué diversos tratadistas de Derecho romano y foral, el mismo Tribunal Supremo y la Dirección general, coincidían repe-



tidamente en señalar a la Authentica como disposición prohibitiva de las fianzas de la mujer casada en favor de su marido. Tan rara coincidencia no era fácil explicársela por sólo un defecto de traducción, y sonaba a ridícula pretensión el querer enmendar la plana a tanto ilustrado autor y Tribunal; la idea de fianza no se veía por ningún sitio en dicha Constitución, cuando compulsando un viejo libro, el «Codex» repetitae praelectionis. Nothis Dionisii Gothofrèdi, Ex tip. Antony Vitaay in Collegio Longobardorum, 1638, encontré la frase que me diera suficiente explicación.

En efecto: en dicha edición, en el libro IV, tit. XXIX, se inserta en letra cursiva la Authentica «si qua mulier», en los términos mismos que ya conocemos, con notas marginales en latín; pero a continuación de ella, como si formara parte de la misma, en igual letra cursiva que la diferencia del texto, se lee la siguiente frase, que no insertan ni Aguilar ni Baccardi: «*Si qua mulier aliquil accepisset, dicatur ut intercederet*», cuya traducción literal es como sigue: «Si la mujer recibiese algo, dígame que es como si afianzara», o, lo que es lo mismo: cuando la mujer se obliga directamente y recibe o confiesa recibido el dinero, entiéndase que realiza una fianza a favor de su marido, prohibida si no se justifica la inversión en su provecho.

Indudablemente, en Derecho romano existía un concepto técnico y jurídico de la fianza coincidente con el de nuestro Derecho civil, como lo prueba la L. II del lib. IV del tit. XXIX del Código ya citado; pero al mismo tiempo coexistía un concepto más amplio de la fianza, a la que se equiparaban actos y contratos que en nuestro Derecho, técnicamente, no tienen razón de semejanza. Ya vimos en el Digesto cómo por una ley del S. C. Velleiano se prohibía a la mujer salir *defensora* del marido, del padre o del hijo, porque, en cierto modo, afianzaba.

Si, pues, consideramos semejantes a la fianza (y al menos en sus efectos lo son) las obligaciones de la mujer, en unión de su marido, en los contratos de préstamo y las obligaciones directas de la mujer ya personales, ya hipotecarias, entonces tratadistas de Derecho romano, foralistas, Tribunal Supremo y Dirección general aplican rectamente la doctrina al decir que tales fianzas de la mujer están prohibidas, y coincidimos en un todo con tal afirmación.

La Dirección general tuvo siempre esta opinión en Resolucio-

nes de 20 de febrero de 1888, 26 de abril de 1894, y principalmente en su magnífica Resolución de 8 de junio de 1926; pero ya en la última Resolución de noviembre de 1944 rectifica su buena doctrina.

Hay quien alega la vigencia en Navarra del artículo 61 del Código civil, sin que el Fuero navarro lo modifique. Ninguna contestación mejor se nos ocurre que los cuatro primeros consideran- dos de la Resolución de 26 de abril de 1894, donde se alega idéntico razonamiento y se destruye.

También se nos dice que es imposible demostrar con documentos la inversión del dinero en beneficio de la mujer, ya que esta inversión se ha de hacer «a posteriori» y, por tanto, es inútil su alegación en la escritura.

Replicamos que son muchos los casos en que se puede demostrar ante el Registrador la inversión del dinero adquirido por la mujer con hipoteca, único caso en que se puede exigir por el Registrador, ya que en las obligaciones personales tendría que hacerse ante el Juez.

Se nos ocurren de momento los siguientes: préstamos para cancelar otra hipoteca que grave fincas de la mujer, y que por estar vencida corre peligro de ejecución, alegando el hecho y presentando la escritura de cancelación correspondiente; préstamos para levantar un embargo de bienes privativos de la mujer mediante el mandamiento respectivo; préstamos para pagar el impuesto de Derechos reales en una herencia en que la mujer es heredera, mediante la carta de pago que lo acredite; préstamos para reconstruir o mejorar una casa, con certificación del arquitecto o intervención del contratista, etc., etc.

Hay otros casos en los que no se puede probar la inversión en beneficio de la mujer, pues se consideran en principio nulos y, por tanto, no se pueden inscribir.

En fin: si esta prueba no puede hacerse en los préstamos, tampoco podrá hacerse en las fianzas, y la Authentica estará, además, vacía de sentido.

Que la Authentica sólo prohíbe interceder por el marido y equiparar el préstamo a la fianza, es negar capacidad a la mujer casada navarra o catalana.

Cierto que todo puede devirtuarse acudiendo a las ventas con pacto de retro, más onerosas para la mujer. También lo es que las

donaciones entre cónyuges están prohibidas, y todos sabemos de qué rodeos se valen los interesados para burlar esta prohibición; lo cual no es argumento para que el Registrador haya de inscribir una tal donación, prohibida por la ley, si directamente se hiciera.

Veamos lo que nos dice la Dirección general en sus considerandos.

En el primero de ellos afirma que son de interpretación restrictiva los preceptos legales que limitan la capacidad de la mujer casada y que, en consecuencia, se han admitido las posposiciones de hipoteca por no tener el carácter de fianzas.

No es muy exacto que la Authentica prohíba sólo las fianzas de la mujer en sentido estricto, ni tampoco que las posposiciones de hipotecas se hayan permitido por no tener el Tribunal Supremo un criterio restrictivo.

Vallés y Pujals, en su obra citada, pág. 45, dice: «La ley Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869, autorizaba tales posposiciones en el párrafo 2.º del artículo 189..., y fundándose *precisamente* en este precepto y en su *carácter de aplicación general a todo el reino*, el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de febrero de 1897, rechazó el criterio de que tales posposiciones pudieran venir afectadas por la Authentica «si qua mulier», pues ésta no puede prevalecer sobre el referido precepto de la ley Hipotecaria.»

Comentando a continuación la sentencia de 10 de octubre de 1917, en que el Tribunal Supremo adopta idéntica posición por tratarse de un caso anterior a la reforma de la ley Hipotecaria del año 1909, dice: «Si el Tribunal Supremo se fundaba *única y exclusivamente en él* para estimar inaplicable la Authentica, parece que habiendo desaparecido tal precepto, la *L. Romana* ha de recobrar su vigencia. Abona esta creencia la manera especial de estar redactada esta última sentencia.»

Y Roca Sastre, en sus «Instituciones de Derecho hipotecario», primera edición, t. III, pág. 380, por nota 1, dice: «En Navarra y Cataluña es dudoso que la mujer pueda posponer su hipoteca dotal, pues ello implica una *intercesión* en favor del marido, prohibida por la Authentica «si qua mulier». La sentencia de 25 de febrero de 1897, así como la de 10 de octubre de 1917 referente a un caso anterior a 1909, rechaza la aplicación de dicha Authentica, fundándose en que el artículo 189 de la ley Hipotecaria antigua

claramente permitía que la mujer pudiese posponer su hipoteca dotal, y ser dicho *precepto de aplicación general en España*. Pero dicho precepto ha desaparecido de la vigente ley Hipotecaria, por lo cual quedó sin base aquella jurisprudencia.

En el segundo considerando se sienta también la doctrina, que se dice recogida del Tribunal Supremo, de que son válidos los préstamos en beneficio exclusivo de la mujer casada, y hasta aquí no hace sino recoger el espíritu de la Authentica, y aun en su último inciso, si no hace referencia al caso del recurso y, por el contrario, alude al caso resuelto por dicho Tribunal, una vez probado que el préstamo redundó en beneficio de la mujer, es claro que no puede equipararse a la fianza, sino que entonces, y sólo entonces, se puede hablar de obligación en negocio propio. Mas esta doctrina no es precisamente la que se aplica en la mencionada Resolución, ya que al no probarse redundara el préstamo en beneficio de la mujer hipotecante, debió ser otra la solución.

En el último de los considerandos se nos habla de alegaciones y de presunciones que *acreditan* que la mujer hizo suya la mencionada suma y robustecen la *presunción* de que la empleó en su provecho, para terminar diciendo que ni explícita ni implícitamente existe fianza a favor del marido.

Ya hemos visto, y no queremos incurrir en más repeticiones, cómo la Authentica abarca otros conceptos y contratos que equipara a las fianzas, y cómo exige para darlas por válidas una prueba manifiesta, que no es lo mismo que una simple alegación o presunción.

Las alegaciones o presunciones no acreditan nada ni prueban nada, y mucho menos si tales alegaciones parten del marido, que es precisamente el mayor interesado en desvirtuar la realidad y cuyas maquinaciones, en perjuicio de los intereses de la mujer, motivaron tan radical precepto. Sería más noble suprimir o declarar que tales disposiciones no están vigentes, que ir minando su recto sentido hasta dejarlas huecas de contenido y significación por no atreverse a derribar de una vez la vieja, hidalga y previsora disposición justiniana.

FRANCISCO RUIZ MARTÍNEZ.

Registrador de la Propiedad.

# Algo sobre la legítima

En un relativo breve espacio de tiempo, son varios los juristas que han dirigido su atención al estudio de la legítima (1), y han irrumpido de pronto, en el tapete de la actualidad jurídica, algunos de los problemas—muy sugestivos, por cierto—que tal institución plantea. Tales problemas surgen, en general, al considerar la figura del legitimario que a la vez es nombrado heredero por testamento o por declaración judicial: si la legítima tiene sólo campo de acción en la sucesión testada o si también lo tiene en la intestada: si cabe aceptar y repudiar la legítima con independencia de la herencia: si el legitimario heredero ha de responder de las deudas, hereditarias o no, si son dos o más de los tipos de delación hereditaria. Problemas que se enlazan y entrecruzan, necesariamente, con una cuestión fundamental: el de la naturaleza jurídica de la legítima.

Las posiciones hasta ahora adoptadas son muy diversas y muy opuestas. Pero dentro de la diversidad y de la oposición, concuerdan, como veremos, en la parte sustancial de la cuestión, con alguna excepcional discrepancia.

Nuestro propósito es examinar aquellos problemas dichos, partiendo de un punto de vista que nos ha de servir de aglutinante: el de la finalidad de la legítima. Ello nos servirá, además, para hacer un breve examen crítico y comparado de algunas de las soluciones dadas

(1) Julián Dávila García: *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, octubre 1943 y octubre 1945.—Ramón María Roca Sastre: *Revista de Derecho Privado*, marzo 1944.—Pedro Sols García: *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, septiembre 1944.—Florencio Porpeta Clérigo: *Colegio Notarial de Barcelona*, Conferencias cursillo 1945.—Francisco Virgili Sorribles: *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, julio-agosto 1945.—Pascual Lacal: *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, noviembre 1945.—José González Palomino: *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. II, 1946.—Sergio González Collado: *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. III, 1946.

por los autores citados, y para señalar, de paso, cuál sea nuestro criterio personal en la materia.

\* \* \*

Toda norma legal tiene un seguro destinatario. No se establece para que a nadie afecte ni a nadie obligue.

Por otra parte, toda norma legal persigue un fin concreto. No cabe suponer que su creación ha sido arbitraria.

Pues bien, las normas legales que gobiernan la legítima van dirigidas necesariamente a alguien y persiguen algo.

Nos interesa aquí examinar el fin que persiguen. No obstante, diremos dos palabras sobre el primer punto.

A) A quién van dirigidas las normas que gobiernan la legítima.

El elemento subjetivo de la relación legitimaria está integrado, en cierta manera, por el causante, por el heredero y por el legitimario.

Y decimos en cierta manera: 1.º, porque el causante sólo forma parte del elemento subjetivo, en cuanto sea testador, prohibiéndole la norma la disposición de ciertos bienes en testamento (art. 806 del Código civil), y 2.º, porque el heredero sólo forma parte del elemento subjetivo en los casos excepcionales del cónyuge viudo (art. 838 del Código civil: los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en usufructo, etc.); de la legítima de los hijos naturales (art. 840 del Código civil: los hijos legítimos pueden ser herederos y no simplemente legitimarios, podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, etc.); y del párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código civil.

De aquí deducimos que el elemento subjetivo permanente de la relación legitimaria es el legitimario. Y deducimos también: 1.º Que por haber dado preeminencia al causante, como sujeto principal de la relación legitimaria, ha dicho Pascual Lacal (lugar citado, página 723), que la legítima, en nuestro derecho positivo, es una evidente prohibición de disponer.

Con razón ha replicado González Palomino que no es fácil conformarse con ver en la legítima una simple prohibición de disponer, ya que en el artículo 806 hay, además, una reserva a favor de ciertas personas (lugar citado, pág. 541, nota).

Por otra parte, enfocar la legítima desde el punto de vista del causante y considerarla como una prohibición de disponer, nos llevaría a otro resultado: que la legítima sólo tendría campo de acción

en la sucesión testada, pues toda prohibición de disponer supone, necesariamente, posibilidad de disposición, que no se da en la sucesión intestada. En otras palabras: si la legítima se pone en función de un testador al que se le prohíbe la disposición de los bienes que la integran, no existirá legítima en la sucesión intestada, donde no hay testador, ni, por tanto, cabe imponerle una prohibición. Luego en la sucesión intestada sólo habrá herederos, y los legitimarios, en todo caso, se confundirán con ellos. Si Pascual Lacal, pues, afirma por un lado que la legítima es una prohibición de disponer, quizá no es muy preciso al afirmar, por otro, que entre heredero y legitimario no hay pugna de intereses ni choque dramático, pues lo habrá, al menos, en la sucesión intestada.

Y 2.º. Que por haber dado preeminencia al heredero, como sujeto principal de la relación legitimaria, han afirmado otros autores que los legitimarios son simples acreedores. Así, Virgili Sorribes dice que, en realidad de verdad, el mal llamado heredero forzoso no es más que un acreedor de la herencia líquida (lugar citado, pág. 490).

Replica Roca Sastre con acierto que el legitimario no es acreedor personal (derecho de crédito o pretensión de legítima) porque la titularidad del legitimario es de naturaleza real y no personal (lugar citado, página 201).

En último caso, es en Cataluña donde la legítima puede configurarse como un derecho de crédito, pues en esta región es regla general que, el "hereu" pueda satisfacer las legítimas en metálico, y no como en derecho común, donde esta facultad es una simple excepción, según hemos visto.

De lo dicho, concluimos:

a) Que el elemento subjetivo principal y permanente de la relación legitimaria es el legitimario. A él van dirigidas, esencialmente, las normas que regulan la legítima en el derecho común.

Y b) Que en cuanto a la naturaleza jurídica de la legítima, desechamos las teorías que la consideran como una prohibición de disponer y como un simple derecho de crédito. Más adelante veremos si, a nuestro parecer, es la legítima una adquisición a título singular o a título universal.

B) Fin concreto que la legítima persigue.

Dos son los fines que las normas que gobiernan la legítima pueden perseguir:

- a) Asegurar al legitimario un puesto en la relación jurídica hereditaria (con efectos esencialmente personales),
- y b) Asegurar al legitimario un mínimo de adquisición legal (con efectos esencialmente patrimoniales).

Examinemos cada uno de estos dos casos:

- a) Si la legítima pretende únicamente asegurar al legitimario un puesto en la relación jurídica hereditaria, tendremos:

1.º Que la regulación de la legítima sólo tendrá campo de acción en la sucesión testada, impidiendo que el testador, abusando de su libertad, no reserve al legitimario su puesto correspondiente.

En la sucesión intestada no será necesaria una regulación especial, pues los legitimarios ya son nombrados herederos, cumpliéndose, con ello, la finalidad perseguida.

Esto, en cuanto a los descendientes, ascendientes, hijos naturales en defecto de los anteriores y cónyuge sobreviviente, a falta de los anteriores y a falta, también, de hermanos y sobrinos (arts. 930, 935, 939 y 952 del Código civil).

Pero en relación con los hijos naturales y el cónyuge, en los supuestos que regulan los artículos 942 y 953 del Código civil, surge ya una especialidad. Efectivamente, en estos casos de concurrencia, tanto el hijo natural como el cónyuge (según ha entendido la doctrina) conservan los derechos a su respectiva legítima.

Con lo cual, puede darse el siguiente contrasentido: que dos legitimarios (hijo legítimo e hijo natural) tengan un trato distinto, con posibles repercusiones económicas. Porque resultará que el hijo legítimo, heredero abintestato-legitimario, será considerado como heredero, con responsabilidad *ultra vires*, al paso que el hijo natural seguirá considerándosele como simple legitimario, sin aquella responsabilidad, pues el pasivo afecta al legitimario, pero no le obliga (artículo 818 del Código civil). Piénsese la repercusión que esto puede tener en el caso de una herencia cargada de deudas.

Y aún, otra especialidad: el hijo natural que, en concurrencia con descendientes y ascendientes, conserva su derecho a la legítima, lo pierde cuando falta aquella concurrencia, y, en sustitución, se le nombra heredero de la totalidad, con la responsabilidad consabida. Si, en este caso, el pasivo es superior al activo, huelgan comentarios.

Lo cual nos da a entender que quizá el Código vea en la legítima algo más que una simple garantía de una posición personal del legi-



timario dentro de la relación jurídica hereditaria. Lo que pasa, en todo caso, es que el Código no desarrolla en toda su amplitud la idea que le inspira.

2.º Si el legitimario es nombrado heredero, por testamento o por declaración judicial, nos encontramos con lo siguiente: que puesto que lo que se pretende es que el legitimario figure como elemento personal en la relación jurídica hereditaria, se cumple tal finalidad al nombrársele heredero, y como tal tendrá que actuar, sin que le sea posible escoger uno de los dos títulos, pues uno de ellos (el de legitimario) queda eliminado y absorbido por el otro.

El único de los autores citados que se muestra radical en esta materia es Porpetta Clérigo, quien afirma que no cabe en Derecho español aceptar la herencia y repudiar la legítima, o a la inversa, aceptar ésta y repudiar aquélla. Tal imposibilidad se explica perfectamente—sigue diciendo—, porque en la mayoría de los casos la legítima es una cuota adquirida en concepto de herencia, con lo cual el legitimario resulta ser un heredero; y frente a este título absorbente, comprensivo y enérgico, quedarían inoperantes cualesquiera otros títulos que pudiera invocar el interesado en reclamación de su cuota. La legítima permanece, pues, completamente embebida en la parte de herencia que al legitimario se le adjudique, por lo que todo intento de opción separada respecto de ella, habría de chocar ásperamente con la norma prohibitiva del artículo 1 009. Otra cosa sería si la legítima se adquiriese como legado y el resto de los bienes como herencia, o recíprocamente, en cuyo caso sí podrían funcionar dos derechos de opción (lugar citado, pág. 158).

Es este autor el que defiende más firmemente la afirmación de que donde hay herencia no hay legítima, con todas sus consecuencias, y el que quizá ve en la legítima sólo un instrumento para asegurar al legitimario un puesto en la relación jurídica hereditaria.

Aunque, por otra parte, afirma que merece serios reparos la posición del Código civil, que, al definir la legítima, enlaza los dos conceptos de legítima y testador, como queriendo tenerla sujeta y apriionada a una determinada zona del Derecho sucesorio, que acaso no sea la que mejor le cuadre (lugar citado, pág. 152).

Francamente, considerar que la legítima tiende a modelarse como una *pars hereditatis*; afirmar la incompatibilidad entre los dos títulos de herencia y legítima; defender la tesis de que el legitimario heredero

9 responde de las deudas hereditarias *ultra vires* y que no cabe la aceptación y repudiación separada de la herencia y la legítima, y creer, en cambio, que la legítima puede tener campo de acción en la sucesión intestada, es cosa que no se nos alcanza a comprender desde el punto de vista en que nosotros enfocamos la cuestión.

Y es que una de dos: o la legítima no se confunde con la herencia y entonces actúa aquella individualizada, tanto en la sucesión testada como en la intestada; o la legítima se confunde con la herencia, en cuyo caso no hay individualización alguna, ni casi cabe hablar de legítima.

En el supuesto del legitimario heredero, si el título de heredero absorbe al de legitimario, tanto en la sucesión testada como en la intestada, resulta extemporáneo insinuar que la regulación de la legítima cuadre, quizá mejor, dentro de la sucesión intestada. ¿Para qué? En la sucesión testada, al menos, conservará la utilidad de impedir que el testador se olvide del legitimario en sus disposiciones testamentarias, y le nombre por cualquier título, sea el de heredero, sea cualquier otro. Pero en la intestada, el legitimario ya es nombrado heredero en todo caso, y al ser heredero (título absorbente), sobra hablar de legítima.

3.º El legitimario heredero, como tal heredero, habrá de responder *ultra vires*, con los posibles perjuicios para su cuota legitimaria, en el caso de exceso de deudas hereditarias.

b) Si la legítima pretende asegurar al legitimario un mínimo de adquisición legal, tendremos:

1.º Que la regulación de la legítima tendrá campo de acción tanto en la sucesión testada como en la intestada, pues en las dos puede verse comprometida aquella aspiración, precisamente en el supuesto de que el legitimario sea heredero, habiendo exceso de cargas hereditarias.

2.º Si el legitimario es nombrado heredero por el testador o por declaración judicial, nos encontramos con lo siguiente: que puesto que lo que se pretende es asegurar al legitimario un mínimo de adquisición legal, y tal pretensión puede frustrarse en el caso de dar preferencia al título de heredero, habiendo exceso de cargas hereditarias, es natural que se conceda al legitimario heredero la facultad de escoger aquel de los dos títulos que menos pueda perjudicarle.

A esta conclusión llegan la mayoría de los autores citados.

Así, Dávila García y Roca Sastre, aunque afirmen que donde hay

herencia no hay legítima, aceptan, por otra parte, el juego de aceptaciones y repudiaciones separadas.

La legítima y la herencia—dice el primero—son dos aspectos de la sucesión distintos, pueden renunciarse o aceptarse independientemente una de otra (lugar citado, pág. 670).

Y Roca Sastre, más claramente, afirma: que tanto en la sucesión testada como en la intestada, el legitimario llamado a heredar puede repudiar la herencia, conservando entonces su condición de legitimario, porque con la doctrina de que el título hereditario inutiliza por absorción la condición de legitimario, podría resultar que éste obtuviera una utilidad neta inferior al importe de la porción legitimaria que, en otro caso, adquiriría (lugar citado, págs. 204 y 205).

O sea, que dichos autores, aunque afirmen que, donde hay herencia no hay legítima, implícitamente afirman, también, que donde hay legítima puede no haber herencia.

Pero el autor que más decididamente admite el juego de aceptaciones y repudiaciones es González Palomino, quien, con el fin de salir al paso de las objeciones y dificultades que otros autores presentan, llega a la conclusión de que hay tres formas o tipos de delación hereditaria:

a) Sucesión testada, que se rige exclusivamente por la voluntad del testador.

b) Sucesión intestada o legítima, que se rige por la misma ley, pero en defecto de la voluntad del causante manifestada en forma.

c) Sucesión legitimaria, que se rige exclusiva y absolutamente, por las normas legales.

(Lugar citado, pág. 538, nota.)

En cierta manera, Roca Sastre apunta una solución semejante: el legitimario—dice—puede renunciar la herencia, conservando entonces la condición de legitimario; y esto, por la razón de que no puede considerarse, en ningún caso, que el título hereditario sea expresión de la porción legítima (lugar citado, pág. 205, nota).

Frente a esta solución se alza Sergio González Collado, quien afirma que sólo hay dos tipos de delación: la testada y la intestada (lugar citado, pág. 537).

Y es que parte del supuesto de que el legitimario no es sucesor y, en consecuencia, se hace innecesaria la tarea de buscar un nuevo tipo de delación sucesoria; el legitimario es, simplemente, un adquirente ex

*lege* (pág. 534). En la legítima no hay delación, aceptación y sucesión. Hay ley, adquisición *ipso iure* y régimen autónomo de renunciar o abandonos (no de repudiaciones) (pág. 539).

Es una tesis, la de González Collado, que reafirma la conclusión de que la institución de la legítima pretende asegurar al legitimario un mínimo de adquisición legal, sin necesidad de complicar el problema a base de buscar un nuevo tipo de delación, ni de incluir la figura de la aceptación de la legítima.

Pero entendemos que, una vez rechazada la teoría de que el título de herencia elimina al de legítima, el problema, más que si hay o no un nuevo tipo de delación o en si es o no necesario aceptar la legítima, se centra en la posibilidad de repudiar el título hereditario, que es el que, en definitiva—por la responsabilidad *ultra vires* que lleva consigo—, puede perjudicar la atribución legitimaria.

Si la herencia no elimina la legítima, o, en otras palabras, si la herencia concurre con la legítima, repudiada la herencia, queda la legítima en pie.

3.º Si el legitimario heredero puede renunciar la herencia conservando la legítima, no responderá, como tal legitimario, *ultra vires*, pues ya hemos dicho que las cargas hereditarias afectan al legitimario, pero no le obligan (art. 818 del Código civil).

Conclusiones:

1.ª La legítima tiene como finalidad asegurar al legitimario un mínimo de adquisición legal.

2.ª La legítima tiene campo de acción tanto en la sucesión testada como en la intestada.

3.ª El título de herencia no excluye ni elimina el título de legítima.

4.ª El legitimario heredero puede renunciar la herencia, conservando la legítima.

5.ª El legitimario, como tal, no responde de las cargas hereditarias.

6.ª La legítima es una adquisición a título singular.

MANUEL CREHUET JULIÁ

Notario.

# El arrendamiento y lo institucional

## PRECIO. PRORROGA. RETRACTO

Desde que en 1934 el entonces Ministro de Agricultura, Sr. Giménez Fernández, sostuvo en la discusión parlamentaria del proyecto —Ley al siguiente año— de la de Arrendamientos rústicos que éste era una institución, la cuestión sigue sobre el tapete.

Con su clarividencia y ponderación habituales, en agosto de 1935, nuestro nunca bastante llorado Fernando Campuzano expresó, sin embargo, en su magistral artículo sobre si el arrendamiento es contrato o institución (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*) "que no estando elaborada por completo la teoría de la institución, mal puede decirse que el arrendamiento haya dejado de ser un contrato para convertirse en una institución".

Acaso lo más sensato que se ha expuesto sobre la Institución es lo escrito por Rigaud (*Le Droit réel*), que considera aquélla como una organización social, pero también como una figura jurídica de grado infinitamente más elevado que el contrato, puesto que así como de ordinario es el contrato el que ha de ajustarse a las reglas de Derecho, en cambio en la Institución sucede al revés, puesto que es la regla de Derecho la que tiene que ajustarse a la regla de la Institución. Esto —decimos nosotros— presupone una organización superior al mismo Derecho, o sea la Institución, de orden metafísico en su nacimiento, que irá vaciándose o tomando estructura a medida que encuentre un complejo real.

La concepción de un Derecho natural variable y progresivo fué la que indujo a Hauriou a elaborar su famosa teoría, dándole límites negativos y positivos. Con respecto a los primeros nos dice—como escribe Spota, al que seguimos, *Tratado de Derecho civil*, tomo I, volumen 1.º—que la Institución es "todo elemento de la sociedad cuya

duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados". Así, la familia, la propiedad, un Estado en particular, subsisten con independencia de la voluntad de tales individuos. De ahí que "por más que ciertas personas, por ejemplo, algunos legisladores, tratasen de destruir tal o cual institución, ella vivirá y el propósito destructor quedará malogrado".

Es decir, que la impotencia legislativa contra lo institucional es evidente. Porque es algo superior a la voluntad o voluntades de momento o de época. Porque es la misma sociedad organizada en esa a manera de anillos—instituciones menores—que la conforman y componen.

Pero también—como dijimos, siguiendo a Hauriou—tiene la Institución un contenido positivo. "Una institución social consiste esencialmente en una idea objetiva transformada en una obra social y que sujeta, así, a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas" (Hauriou, *Principios*, etc.).

Hay que reconocer que todo esto es impreciso. Como dice Bodenhimer—citado en nota por Spota—, la teoría de la Institución busca las fuentes de su pensamiento retrocediendo hasta la Edad Media y trata de resucitar la filosofía escolástica de Santo Tomás de Aquino.

Mucho hay de verdad en lo que escribe Bodenhimer. Sin embargo—y no obstante su vaguedad e imprecisión, repetimos—, expurgada de preocupaciones escolásticas y de esa vuelta al tomismo, así como de su vinculación al Derecho natural, y ceñida a las ideas fundamentales de Hauriou, puede ser útil para poner de relieve el contenido social del Derecho, rechazando un individualismo extremado, impropio de la *relatividad* de los derechos, de la evolución en su finalidad y espíritu, puestos de relieve por Jossierand en sus estudios sobre el abuso de los derechos y los móviles de los actos jurídicos, como factores fecundos en consecuencias prácticas, según escribe Spota.

De aquí su entronque con el Arrendamiento, derecho tan fuertemente impregnado de contenido social y al que—en exageración evidente—quiere extraérsele de su marco propio, el contrato, dotándole de una independencia y propia personalidad, en suma, implicándolo en lo institucional.

Para los que así piensan se diría que la vida jurídica es un choque constante y lesivo de los derechos individuales y que cuando un acto o negocio jurídico tiene una mayor densidad y difusión social hay que

dotarle de unas normas superiores y coercitivas que lo aislen y defiendan. Es superar el problema de si el abuso del derecho es lo corriente o lo excepcional en la vida jurídica. Más fuerte aún que lo referente al móvil y espíritu de lucro, de rivalidad y de iniciativa que a los hombres se les permita.

Ello nos lleva, como señaló con exactitud el jurista belga Henri de Page (*Traité élémentaire de Droit civil belge*), a que, con el pretexto de humanización del Derecho, caigamos en el dominio de la caridad.

Por lo mismo, cuantos esfuerzos se han hecho para hacer del arrendamiento una institución, no resisten la más leve crítica.

Así, por ejemplo, Renard (*La théorie de l'Institution*), que para distinguir lo contractual de lo institucional utiliza ese dato empírico de "lo grande y lo pequeño" aplicado al arrendamiento, nos daría el resultado—como dice Campuzano en su citado trabajo—de que el pequeño arrendamiento habría de regirse sólo por normas contractuales, mientras que el gran arrendamiento se debiera ajustar a preceptos institucionales. ¡Se quiere mayor paradoja!

La "idea directora, objetiva o de fuerza" de la concepción institucional aplicada al contrato es lo que ha extraviado a varios autores. Así, Delos (*La théorie de l'Institution*) escribe que "referida al contrato explica su verdadera naturaleza, mostrando que no es un mero fenómeno de equilibrio entre dos voluntades, sino que también es de naturaleza institucional y que gravita en torno a una idea organizadora".

Y lleva a otros a decir (Aftalion y García Olano, *La teoría de la Institución*), después de reproducir los conceptos de Delos, que "desaparecería así la dicotomía contrato e institución".

Parecidamente, un ilustre Notario—Foncillas Loscertales, "Estudio de la naturaleza jurídica del patrimonio dotal", en esta REVISTA, febrero 1936—expresa, respecto al contrato de bienes con ocasión del matrimonio, que "el *ideal común*, que ha llevado a los futuros cónyuges a organizar sus bienes en interés familiar, hace del pacto matrimonial algo más que un simple contrato: *un elemento del estatuto de la familia*. Este carácter aclara los aspectos particulares del contrato de matrimonio; siendo inmutable debe durar tanto como la institución que rige, y produce, respecto a terceros, los efectos externos que raramente se ven resultar de un contrato ordinario".

Pero esto, que es verdad en el régimen de desconfianza entre los esposos que impera en nuestro Código ("los desposados no pueden donarse sino hasta la décima parte de sus bienes presentes"—artículo 1.331—, "será nula toda donación entre cónyuges"—artículo 1.334—, "el marido y la esposa no podrán venderse bienes recíprocamente"—artículo 1.458—, etc.), no sucede así en Aragón, por ejemplo, donde el Apéndice (artículo 58) les reconoce la facultad de novar las Capitulaciones.

Sin duda, el intento más serio de configurar el arrendamiento como institución ha sido llevado en nuestra Patria por Vázquez y García Herrero en un notable trabajo publicado en esta REVISTA ("Ensayo de la aplicación a la Ley de Arrendamientos rústicos de la teoría de la institución", febrero 1936).

Pero esa ley—la de Arrendamientos rústicos, al igual que la actual, la de urbanos—, "pieza de una total regulación institucional de la propiedad", según el decir de los autores citados, no vino en nuestra opinión más que a llenar un hueco, un vacío que un movimiento doctrinal y social había señalado en nuestro Código.

Esos reflejos de lo institucional, que Vázquez y García Herrero quieren ver proyectados en la ley (prescindiendo de la limitación de la autonomía de la voluntad que domina en la ley, lo que como muy bien dicen aquéllos queriendo valerse de esa limitación para su propósito, sitúa al arrendamiento como un contrato de los llamados normativos, dictados o forzosos) se encuentran en otros contratos. Así, la existencia de modelos oficiales la hallamos hasta en las escrituras de préstamos hipotecarios que otorga el Banco de este nombre con sus deudores. El requisito de la inscripción de los arriendos (la de los rústicos, pues con mejor criterio nada se ha dicho de los urbanos), conforme a los preceptos que se señalaron, salvo ser lo corriente de todo acto o contrato sujeto a inscripción (ahí están los modelos del nuevo Reglamento Hipotecario), ha sido un lamentable fracaso. Hoy puede decirse que ese Registro de Arrendamientos rústicos está muerto, enterrado. Y la supervivencia de la misma ley es por ese terrible resorte de su artículo 16, que encuentra su funcionamiento apropiado en el verdadero Registro *institucional*, el de la propiedad.

¿Qué demuestra esto? Que se podrá hablar "de la regulación institucional de la propiedad" a través del arrendamiento, como se puede hacer a través de otro contrato, como la enfiteusis, por ejemplo.



Operar una "ocupación o expropiación" de aquélla por el arrendamiento, pero no por eso darle a éste un rango inapropiado.

Ello no es sino consecuencia de la clara distinción entre contrato e institución, que tan perfectamente señalara Campuzano (trabajo citado).

El contrato se puede rescindir por la simple voluntad, en la misma forma que se celebra; en cambio, la institución rebasa la voluntad de sus fundadores.

La relación que se deriva del contrato engendra simplemente obligaciones cuyo destino es el de extinguirse por el pago; la Institución está hecha para perdurar.

El contrato es inmutable; la institución es adaptable.

El contrato es una relación subjetiva de persona a persona; las relaciones institucionales son objetivas y estatutarias.

Corrigiendo exageraciones, hay que reducir a sus verdaderos límites la teoría institucional.

Demófilo de Buen (ver nota del repetido Spota), en lo que atañe al derecho de obligaciones, ha distinguido entre "obligaciones especiales y obligaciones institucionales". Las primeras son "relaciones humanas" y las segundas "situaciones humanas", es decir, "ideas sociales encarnadas en una estructura corporal después de una gestación social y relativas a entidades o cosas permanentes o destinadas a serlo". Mientras las obligaciones especiales o propiamente dichas poseen la nota de lo transitorio, las obligaciones institucionales, si bien pertenecen al ámbito del derecho privado, exceden del concepto propio de las obligaciones y son permanentes, durables, revistiendo la nota de la estabilidad y de la imperatividad, sin que este último carácter las conduzca al campo del derecho público. Pero los vinculados por la obligación institucional no pueden pactar contrariamente a la misma. Ello se explica ante su proceso de elaboración lento y ante la idea social que se encarna corporativamente. En cambio, la obligación especial que se imputa a la voluntad humana responde a una idea subjetiva.

Esto es lo que acontece en el Arrendamiento. Habrá o existen obligaciones—precio, prórroga, retracto—, que, transidas de sustancia social se impongan y transmitan (a manera de *propter-rem*, no de *carga real*) a los contratantes. Pero de esto a extraerlo de su órbita contractual y situarlo en la Institución es desmesurado.

Como escribe acertadamente Moreno Mocholi ("Naturaleza jurídica del Arrendamiento", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero 1948), todas esas medidas legales restrictivas de la iniciativa privada no son, en definitiva, más que la repercusión de un movimiento doctrinal recogido por el derecho positivo. Así vemos cómo se reduce a lo lícito el interés pactado, se pone tasa a los precios, se resucitan principios como la cláusula "rebus sic stantibus"... Consagración, en suma, de la doctrina del abuso del derecho.

Por ello ha podido decir el tan citado Spota que los problemas que entraña el riesgo imprevisible en los contratos, y que vienen a recibir soluciones en la *teoría de la imprevisión*, encuentran clara explicación en una doctrina que postula el *bien común* como meta a alcanzar y la *colaboración* de todos en la idea rectora, insita en la idea objetiva, de la obra social a realizar. Las *obligaciones institucionales*, por oposición a las *obligaciones especiales*, prueban que en aquéllas no cabe hablar de mera contienda de derechos, ni menos de simple composición de los intereses jurídicamente protegidos, si a esta composición no se la concibe como a una verdadera colaboración para alcanzar los valores positivos prevalecientes. Agréguese a ello que aun en toda obligación contractual se da—como explicaba Stammler—una unión jurídica querida entre particulares en vista de una cooperación social cualquiera.

Por todo ello, y aunque rechazemos la apasionada crítica de Bódenheimer, para quien los "supuestos políticos" de la teoría de la institución "son más bien fascistas que socialistas" (tanto da) e implican la sustitución del contrato por el *status*, una recaída en la *filosofía del poder*, la aplicación total, absoluta, de la imprecisa teoría de la institución a ciertos contratos, como se desea para el arrendamiento, nos llevará de manera ineluctable a la *planificación del derecho*, a esa *planificación*, plaga de nuestra época, agravada por la ingenuidad de los teóricos, como—sustituído un vocablo por nosotros—ha dicho el Profesor Mossa ("Los Sindicatos de Accionistas", *Revista de Derecho Privado*, enero 1948).

A idéntica conclusión llega Moreno Mocholi cuando dice—artículo citado—que "si se consolidase la idea (arrendamiento-institución) en modo alguno sería ya verdadero arrendamiento, aunque por respeto a lo tradicional se le diese este nombre, pues destruido su peculiar contenido económico-jurídico habría dejado de existir. Sería que

existió, prueba para el investigador de su filiación con el nuevo instituto que le dió ser".

\* \* \*

Un libro que ha llegado a nuestras manos: "El Arrendamiento urbano", cuyo autor es el abogado D. José María Lacasa Coarosa, nos ha inducido a escribir las líneas precedentes

Libro rico en sugerencias, con una dogmática y sistematización admirables que le distingue del innúmero de los publicados sobre la materia, en que la glosa o comentario de bajo vuelo de cada artículo de la Ley fué lo que preocupó a su autor, en el de éste alientan, sin desdeñar aquella glosa, a la que atiende y cuida, inquietudes más hondas de contenido superior. Por ejemplo, eso de lo institucional, que—en contra de nuestro criterio—para el Sr. Lacasa así se puede calificar la relación jurídica creada por el uso de inmuebles ajenos.

A más de esta cuestión en otras tres de las varias que plantea el libro citado, vamos a fijar nuestra atención: el precio, la prórroga y el retracto.

*Precio.*—Particularmente interesante la que se refiere a la fijación del precio en los arrendamientos urbanos, estimamos con el autor del libro citado que el punto de vista adoptado por la Ley (establecer el precio de los arrendamientos en función del que rigiere en determinada época) no resuelve definitivamente el problema ni resultará; en muchos casos, concorde con la justicia.

Al discutirse la Ley en las Cortes, el Sr. Lacasa, como Procurador de las mismas, presentó una enmienda referente al precio que hubiera resuelto de un modo objetivo la cuestión. Porque, como decía en ella. ... "en lo relativo al precio del arrendamiento—que unido a la prórroga forzosa del contrato es el nervio fundamental, y lo que realmente preocupa a las dos partes contratantes—debe abordarse de una manera definitiva, buscando la solución justa, no *basada en situaciones de tipo personal, en relaciones contractuales puramente ocasionales* entre propietarios e inquilinos, sino en criterios objetivos automáticos y que a la vez estén dotados de flexibilidad y elasticidad bastantes para que no resulten injustos por permanecer inmóviles mientras la vida marcha".

A tal efecto proponía la constitución de una Junta de estimación

en cada capital de provincia, que señalaría la renta máxima de cada habitación y local de negocio. En el procedimiento a seguir se habría de dar audiencia al propietario del inmueble y al inquilino, para que cada uno de ellos alegase lo que estimase oportuno.

Indudablemente, esta solución de señalar el precio máximo de los alquileres, hubiera tenido, además, la ventaja de dar al propietario e inquilino mayor autonomía para estipular el precio que estimaren oportuno por bajo del señalado como máximo, en atención a las circunstancias personales de cada inquilino, sin que ello tuviera efectos extracontractuales con futuros arrendatarios, cosa de tener en cuenta por su indudable interés.

Tales rentas máximas proponía el Sr. Lacasa que, al igual que las del Catastro, pudieran ser rectificadas de oficio o a instancia de parte en un tiempo que se estimara discreto señalar, para así actualizarlas y que fueran de acuerdo con las realidades económicas de cada momento.

En pocas palabras, proponía en lugar de una *fórmula estática* una *fórmula dinámica*.

Desgraciadamente, fué rechazada tal enmienda por estimarse que haría falta un periodo largo de tiempo para poner en práctica el sistema.

*Prórroga.*—Como dice Castán, el principio de la estabilidad de la locación no es nuevo (Derecho civil, "Contestaciones a Registros"). Acuciado el legislador por el problema de la vivienda y el de la permanencia de los colonos en las tierras que ellos o sus ascendientes vienen cultivando, barrenó la doctrina del contrato restringiendo o poniendo trabas a la libre voluntad. De esta suerte, apareció el principio de la prórroga obligatoria o legal, que, en opinión del autor del libro que comentamos, nada tiene que ver con la tácita reconducción de nuestro Código civil (art. 1.566).

Pero esto, que hasta cierto punto es verdad en los contratos existentes a la promulgación de la ley, no creemos pueda decirse así respecto de los contraídos a su amparo. Admitida o *instituida* la prórroga como postulado indeclinable, ¿la aceptación del contrato, la sola firma del mismo, no presupone en los contratantes su continuación *sine die*, cual si de tácita reconducción se tratase?

Y aun en los contratos anteriores, o sea en los existentes a la promulgación de la ley, la instauración de la prórroga viene a ope-

rar en ellos un cambio, una transformación por la adhesión a su fórmula en el tiempo ordenada por el legislador respecto de ambas voluntades—arrendador y arrendatario—, ya que la determinación de éste a continuar el contrato implica la aceptación de ciertas obligaciones, como, por ejemplo, quedar comprometido el inquilino durante un año cuando se hubiese citado en el contrato pagando un alquiler anual, por meses, si fuera mensual y por días; si diario.

Por ello, entendemos que tenía razón don Jerónimo González ("Arrendamientos urbanos. Comentarios al Real decreto de 1925") cuando escribía: "Si el inquilino quiere prorrogar el contrato, el Decreto obliga a los arrendadores a continuar las relaciones jurídicas. La voluntad puede manifestarse por medio de notificaciones auténticas (judiciales o notariales), avisos particulares o simplemente por *tácita reconducción*."

Como antes dijimos, no es de nuestra opinión el Sr. Lacasa, que interpreta la ley diciendo "que ha querido establecer un precepto similar al de los Códigos de Chile, Ecuador y Guatemala cuando disponen que el continuar el arrendatario en posesión de la cosa después de vencido el término, *no da lugar a la tácita reconducción, sino sólo a la continuación del mismo contrato, y hasta el momento en que el locador o arrendador quiera pedir la cosa*. Hasta tanto que el arrendador—dice nuestro autor—tenga derecho a pedir la cosa".

Todo eso está bien, pero sin olvidar que al querer la prórroga también el arrendatario—según antes señalamos—se impone obligaciones que han de ser recibidas y aceptadas por la otra parte, el arrendador, por un medio expreso o tácito. *Así se conjuga en la relación contractual la obligación institucional* de que hablábamos en la primera parte de este trabajo: la de prórroga que nos viene ocupando.

Por ello rechazamos categóricamente la afirmación del Sr. Lacasa de que la ley, protegiendo un interés particular que, desde un punto de vista económico, social y de orden público estima y reconoce como preferente—el mantenimiento del arrendatario en el uso del inmueble ajeno—, *establece conscriptivamente una especie de expropiación forzosa de las facultades de uso, goce y disfrute de la cosa en favor del arrendatario*, que, por el hecho de la terminación del contrato, pasarían automáticamente al arrendador.

Si eso fuera cierto, el arrendatario podría disponer de esas *facul-*

tades a su antojo. Y ni el subarriendo (como es lógico y de justicia) le está permitido

*Retracto*.—Siguiendo a Narciso Ríaza ("Los retracts. Errores dominantes acerca de la materia"), expresa el autor del libro que comentamos que como para poder *retraer* hay que haber *traído* con anterioridad, en realidad lo que el Código civil denomina *retracto legal* no es tal *retracto*, a diferencia del *retracto convencional*, que es un verdadero *retracto*. En el que establece la nueva Ley, entiende, sin embargo, el Sr. Lacasa, que hay verdadero *retracto* respecto a las facultades de uso y disfrute de la cosa, ya que, mediante el hecho de *retraer*, vuelve al arrendatario el uso y disfrute de aquélla. Consecuencia esto de lo que antes afirmó de establecerse por la ley una *verdadera expropiación de tales facultades*—que nosotros rechazamos—, añade que como los efectos del *retracto* se amplían a las restantes facultades constitutivas del dominio que el arrendatario en ningún momento ha ostentado, podría haberse denominado, conforme a la terminología de Ríaza, con mejor acierto y precisión, derecho de *sustitución*, en lugar de derecho de *retracto*.

Sea ello lo que quiera—*retracto* o *sustitución*—, echamos de menos una exégesis y orientación del tan—para Notarios y Registradores—debatido párrafo final del artículo 64 de la ley.

Según dicho párrafo "Los plazos—para el *retracto*—se contarán desde que fuere inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad, y a falta de inscripción, desde que tuviere conocimiento de aquélla. Pero no se computará, por no ser inscribible la transmisión, aunque sí susceptible de anotarse preventivamente, mientras no se notifique por conducto notarial al inquilino o arrendatario la venta del piso que ocupare".

El precepto, por su oscura redacción, se presta a interpretaciones diversas.

¿Es precisa en todo caso la notificación al arrendatario o inquilino? ¿La inscripción de la escritura en el Registro puede sustituirla? ¿Cabe inscribir y anotar preventivamente sin dicha notificación o sólo lo primero y no lo segundo?

He ahí algunas de las dudas que se presentan. Sin el propósito de resolverlas, por exceder de nuestras fuerzas, para una mejor comprensión del problema haremos una separación de los casos que se pueden presentar.

A). *Escritura perfecta en la que conste o se acompaña la notificación.*—¿Cuándo se computa el plazo para el retracto, desde que se inscribe o desde la notificación, anterior, indudablemente, a aquélla? Con arreglo al texto literal de la ley—apartado primero del último párrafo del artículo 64—parece desprenderse que desde la inscripción. Sin embargo, para ser lógicos y conforme al criterio de los que en todo caso exigen la notificación, el cómputo debe arrancar desde la efectución de ésta.

B) *Escritura perfecta a la que falta la notificación.*—¿Es inscribible? Para unos es indudable tanto porque el precepto (párrafo final, artículo 64, no nos extraviemos) en su primera parte no dice nada en contrario, cuanto por deducirse así del artículo 69 de la propia ley que dice: "si el piso vendido no estuviese arrendado, para que sea inscribible la transmisión, deberá el vendedor declararlo en la escritura notarial de venta, bajo pena de falsedad en documento público". De haber querido el legislador que la falta de notificación fuese defecto, hubiera redactado clara, paladinamente, un precepto análogo a ese artículo 69 copiado.

Para otros, por el contrario, esa falta de notificación impide la inscripción; primero, porque así se sobreentiende de la segunda parte del párrafo final del artículo 64, ya que la posibilidad de tomar anotación preventiva establecida en una ley especial debe circunscribirse a que se practique por defectos que dimanen de la propia ley, como esa falta de notificación, y no a otros de que pueda adolecer el título que en nada incumbe a aquélla (a la ley especial), y segundo, porque si se inscribe sin la notificación como el cómputo para el retracto arranca desde la efectividad de ésta (segunda parte del párrafo final del artículo 64, que no debe quedar circunscrita para cuando se tome anotación), el tercero y sucesivos adquirentes del local o vivienda quedarán obligados o mejor, gravados, con una condición resolutoria oculta, con evidente desarticulación de nuestro sistema hipotecario, hasta tanto dicha notificación se lleve a cabo.

C) *Escritura imperfecta con notificación.*—Al tomarse anotación preventiva por defectos y quedar subsanados éstos en el plazo legal (art. 96, L. H.), estamos en el caso de la letra A). Pero aquí se percibe con más claridad que, como se ha tomado anotación preventiva, aunque ésta se convierta en inscripción, el cómputo para el retracto, conforme a la letra del precepto, debe ser desde la notificación.

D) *Escritura imperfecta con falta de notificación.*—Los de la opinión de que la falta de notificación no impide la inscripción del título perfecto, vacilan en este caso, puesto que la parte segunda del párrafo final del artículo 64, literalmente interpretada exige, para el cómputo del retracto, la notificación. Este será el único caso, dicen los de esta opinión, en que precisa, como un defecto más del título, que se subsane la falta de notificación.

La falta de lógica es evidente—y así lo reconocen—, pues subsanados los otros defectos y convertida la anotación en inscripción estamos ya en el caso A) y sobra, por tanto, la notificación.

¿Y el cómputo para retraer—para los partidarios de la no notificación—desde cuándo arranca, preguntamos? ¿Desde la toma de anotación, desde su conversión—conforme a la conocida jurisprudencia del Supremo—o desde la notificación?

Como se ve, las cuestiones que surgen son múltiples, como los argumentos en pro o en contra de la necesidad de la notificación. Sin pretensión de haber expuesto unas y otras exhaustivamente, si diremos que todo nace de no haber seguido el legislador de arriendos urbanos de una manera clara la doctrina tradicional de que con la inscripción en el Registro de la Propiedad, como órgano máximo de publicidad, se subsanan y suplen toda suerte de notificaciones (artículos 1.524 y 1.638 del Código civil y párrafo 4.º del artículo 16 L. A. R.).

Rodolfo Reyes, Ponente de la ley, y Arturo Gallardo, Secretario de la Comisión redactora de su articulado, dicen respecto a este tan enrevesado párrafo final del artículo 64: “De no haberse hecho la notificación notarial al inquilino parece inducirse que procede tomar anotación preventiva, que no puede devenir inscripción mientras no se subsane la omisión de la notificación. El plazo para el retracto se empieza a contar desde la notificación.”

“Tal vez no sería heterodoxa—añaden—la interpretación de poderse inscribir el documento, aun sin acreditar la notificación, pero haciendo constar expresamente esta circunstancia en la inscripción. Con ella quedan siempre a salvo los derechos del arrendatario de la vivienda o local del negocio, incluso frente al tercer adquirente inscrito en el Registro y cuyo derecho quedará así expresamente limitado en los propios libros hipotecarios.” (“Ante la novísima Ley de Arrendamientos urbanos.” *Boletín del Ministerio de Justicia*).



De tan autorizada interpretación se desprende la absoluta necesidad de la notificación al inquilino, pues aun inscribiendo sin ella, pero haciendo constar su inexistencia, el adquirente lo es con condición resolutoria.

¿Dice esto la ley? No. Rotundamente, no. Pero acaso fuera ése el ánimo de sus autores.

La realidad es que se ha desarticulado el sistema con ese especial retracto o cómputo para ejercitarlo. Pero ello no es sino secuela de esa "obligación institucional" que, cual las del precio y prórroga, alientan en el arrendamiento.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.

## Los comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario de Ramón de la Rica <sup>(1)</sup>

Heme aquí con un libro entre las manos. Acaba de entregarme un ejemplar el autor y me veo perplejo, sin saber cómo comenzar. De Ramón de la Rica se ha dicho todo cuanto hay que decir y del Reglamento Hipotecario de 1947 se ha dicho muy poco. Hasta ahora ha sido juzgado con benignidad y la mayor censura consiste en observar omisiones. No es de extrañar se observen omisiones, algunas deliberadas, y otras por efecto de la rapidez en la redacción del articulado. En poco más de ocho meses se examinaron más de ochocientos artículos (fueron redactados dos apéndices que por razones que no son del caso dejaron de comprenderse en la redacción definitiva), y en los tres meses primeros varios destacados miembros de la Comisión redactora alternaban sus tareas con la refundición de la Ley. Además, la reforma de la Ley hipotecaria de 1944 carecía de tiempo suficiente de experimentación para fundamentar su reglamento en la doctrina de la jurisprudencia o en las dificultades puestas de relieve por la práctica. El trabajo descansó principalmente sobre la experiencia profesional y sobre la doctrina hipotecaria del Centro Directivo y de los comentaristas de las Leyes anteriores.

Aun así, las innovaciones introducidas, contadas por La Rica, pasan de 140 artículos nuevos. Las modificaciones, que constituirán la segunda parte del trabajo del autor, son más numerosas. Esperemos nos diga cuáles son y el juicio que le merecen. *A posteriori* se ven mejor las cosas, porque si la cultura, según frase feliz de un docto catedrático, es lo que persiste después de haberse olvidado lo que se aprendió, el olvido de las razones inmediatas determinantes del articulado obliga a considerarle en un nuevo aspecto más objetivo y mucho más cuando ha sido confrontado con el caso concreto, que a veces origina una mutación en los fundamentos. El temido caso concreto que puede dar al traste con las mejores intenciones teóricas.

(1) Primera parte. «Innovaciones.» Madrid, 1948

Por de pronto, de la observación del libro *por fuera*, me satisfacen dos cosas; una, la publicación del trabajo por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, que de esta manera continúa la labor cultural iniciada por la extinguida Asociación, y que además sirve para conseguir una esmerada edición. Otra, el anuncio por el propio autor, al final de la Introducción, de su propósito de dar cima a una obra completa de exégesis total de la vigente Legislación inmobiliaria, precedida de un Tratado doctrinal. Nadie más indicado que Ramón de la Rica para publicar unos Comentarios exegéticos que sustituyan a los ya anticuados de Morell, como los de éste, en su tiempo insuperables, fueron necesarios ante la *caducidad* de los de Galindo y Escosura por la publicación de la Ley de 1909 y el Reglamento de 1915.

Cierto que los aficionados a los estudios hipotecarios disponemos de elementos de trabajo muy estimables, como acertadamente hace constar el autor en la Introducción de su libro, pero aún carecemos de unos Comentarios extensos referidos directamente a la Ley y a su Reglamento, con la debida concordancia, y comprensivos al mismo tiempo de la doctrina de la Jurisprudencia hipotecaria. La práctica diaria los está reclamando con urgencia. No es posible al profesional recluso en su Oficina disponer de una biblioteca seleccionada, de elevado coste y difícil traslado en los frecuentes cambios que nuestras carreras nos imponen a los Registradores y Notarios. Necesita una obra relativamente voluminosa que le sirva de orientación y guía o de confrontación con las opiniones propias. Si contiene citas para ampliar el estudio, mejor que mejor, y si está escrita con el estilo sencillo, claro y elegante, peculiar de Ramón de la Rica, su lectura nunca será tortura, sino regalo:

Con ese mismo estilo que se observa en todas sus obras, están redactados estos Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario. Sin grandes disquisiciones doctrinales, con naturalidad, va señalando en cada artículo el fundamento doctrinal, los problemas que resuelve y los problemas que plantea. Limpiamente expone su opinión, clara y terminante. Ni busca ni retuerce los conceptos teóricos para aplicarlos a sus soluciones. Por el contrario, en sus soluciones se transparentan tan fielmente los conceptos rectores, que se afirman las ideas al conocer *el cómo* y *el porqué* de cada regla.

Divide su trabajo en VIII Capítulos, a saber: I Derechos inscribibles; II, Forma y efectos de la inscripción; III, Anotaciones preven-

tivas; IV Cancelaciones; V, Hipotecas; VI, Concordancia del Registro con la realidad jurídica, VII, Modo de llevar los Registros; VIII, Organización del Registro y Estatuto de los Registradores. Cada capítulo, a su vez, está dividido en diversos epígrafes, que designan la materia de que se trata. La busca es fácil y se determina con rapidez el lugar donde se hallan los artículos objeto de consulta.

De estar reflejado fielmente el criterio, el propósito o el pensamiento de la Comisión redactora, puedo dar fe como testigo de presencia. Es más, en algún caso concreto, me parece que La Rica reduce a opinión propia, tal vez por ausencia en la sesión correspondiente, lo que fué propósito colectivo. Por ejemplo; en el comentario del artículo 554 cree que cuando el Registrador no se halle al frente de la Oficina por ausencia legal, puede firmar la nota de suspensión o denegación al pie del documento en el lugar en que se encuentre, a cuyo fin se le remitirá el documento correspondiente. Esta opinión fué unánime y para evitar toda duda, se redactó el Modelo número XXI del Reglamento, que deliberadamente alude a una calificación sustantiva, de fondo, y no a un defecto formal como la falta de previa inscripción, presentación simultánea de títulos contradictorios, etc. En consecuencia, coincido totalmente con la opinión del autor de que cuando el obstáculo que impida la inscripción nazca de modo exclusivo del Registro, no contradice el espíritu ni la finalidad del precepto que el Sustituto suscriba la nota.

Como voluntaria o involuntariamente he tenido que ocuparme anteriormente de problemas relacionados con la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, titularidad registral de la mujer casada, efectos de las inscripciones de inmatriculación y desamparo de bienes hipotecados en la ejecución hipotecaria, ahora me parece necesario referirme brevemente a determinados artículos comentados por La Rica, que por su importancia son dignos de constante atención y de que reiteradamente se ponga de relieve su doctrina. Los demás no pueden ahora ser objeto de ninguna referencia.

Para La Rica el artículo 94 no merece una crítica demasiado favorable, aunque se limite a recoger decisiones de la jurisprudencia. Tres reparos principales opone: Que se corre el riesgo de provocar o fomentar otorgamientos imperfectos, que el inscribir derechos de validez insegura no está muy conforme con los postulados de nuestro sistema y que no se precisa el alcance exacto que tiene o puede tener el hacer

constar la falta de licencia marital. Siento discrepar de esta opinión. Doctrinalmente estamos todos conformes en que el Código civil, interpretado por la jurisprudencia judicial e hipotecaria, califica de acto anulable el otorgado por la mujer sin licencia marital. Esta calificación categórica, que no deja lugar a dudas, declara que el acto o contrato existe y que está sujeto a una causa de resolución, precisa, de plazo cierto aunque indeterminado en el peor de los casos (cuatro años, a contar desde la disolución de la sociedad conyugal). Los contratos sujetos a una condición resolutoria son inscribibles, algunos en peores condiciones por su naturaleza o por tener mayor plazo la causa de la resolución.

Las circunstancias especiales de ausencia voluntaria o forzosa, que motivaron nada menos que la reforma del Código civil, y la situación de la mujer abandonada a sus propios medios, generalmente escasos e insuficientes para atender a las necesidades de sus hijos, merecen protección de las leyes sin obligarla a gastos y dilaciones posiblemente superiores a sus fuerzas. En el Norte de España conocemos de cerca estas situaciones, así como las dificultades en obtener las licencias en documento auténtico, muchas veces insuficiente por ignorancia, de los otorgantes o de los autorizantes, de las circunstancias de hecho y de derecho; a veces llega una carta con la licencia y la conformidad, anunciando un documento que no llega o llega mal redactado y la solución urge con caracteres agudísimos. Son circunstancias de hecho, que pesan más que las consideraciones jurídicas, sobre todo cuando los adquirentes conocen el caso y conocen la licencia, que oficialmente no puede admitirse, y están seguros de su adquisición. No puede mirarse mal un otorgamiento tan claro, a pesar de su imperfección aparente, y menos sobrestimar la validez insegura de derechos perfectos en el fondo, que la práctica ha demostrado ser perfectamente válidos y eficaces.

Las inscripciones que anuncian ¡Alerta! ¡Peligro!, no son peligrosas; el peligro está en lo desconocido. Las causas de resolución explícita conocidas, que correctamente explica La Rica en sus consecuencias, no tienen por qué privar de la inscripción a los contratos donde consten. Por el contrario, son admitidas sin vacilaciones. No deben repudiarse las aplicaciones del artículo 94 por supuestos males. Se trata simplemente de una acción resolutoria puesta en el juego normal de la publicidad, provechosa y que la práctica ha enseñado ser inocua.

Pasemos al procedimiento para el ejercicio de acciones reales pro-

cedentes de derechos inscritos. Titubea la doctrina respecto al encuadramiento procesal. Proceso de ejecución, proceso de intimación, proceso montado a dos vertientes, procedimiento especial. No importa el nombre. Atengámonos a los hechos, pero descartando en todo caso el concepto de acto de jurisdicción voluntaria. Es evidente que el Reglamento llega a las últimas consecuencias: al alzamiento del detentador o usurpador, como afirma certeramente La Rica. Es también evidente que el procedimiento tiene dos fases perfectamente diferenciadas. La primera, que concluye al dictarse el auto acordando la práctica de cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito; fase de intimación, jactancia y ejecución, todo en una pieza. La segunda, que se inicia con la presentación de la demanda de contradicción y concluye con esa sentencia especial que no produce excepción de cosa juzgada; en esta fase hay verdadero proceso de cognición, con mayores o menores especialidades. Pero en la fase primera, en la que *"no es preciso formar la convicción del Juez"* (preámbulo de la Ley), el Juez obra automáticamente desde que se presenta el escrito en forma legal, la certificación registral y el título inscrito, únicos documentos que puede examinar por similitud con lo dispuesto en el artículo 131, regla 4.ª, para conocer si se cumplen los requisitos legales, y si están cumplidos *adoptará* (imperativo) las medidas precautorias propuestas y emplazará al contradictor o perturbador. Salvo que se formule demanda de contradicción o que los emplazamientos se hayan hecho por edictos y en este último caso cuando el Juez se cerciore que se han cumplido los requisitos para dar paso a la ejecución (1), *dictará* (imperativo otra vez) auto acordando la práctica de cuantas

(1) A mi juicio, los requisitos legales son cuatro: 1.º Que la persona que incoe el procedimiento sea titular registral. 2.º Que el derecho inscrito sea susceptible de engendrar acciones reales. 3.º Que el asiento esté vigente sin contradicción alguna, y 4.º Que se presenten los documentos exigidos por la Ley y el Reglamento y que éstos contengan las circunstancias requeridas especialmente. Como muy esencial destaca la determinación del contradictor o perturbador. Respecto al requisito 3.º cree La Rica que la anotación de demanda, en ciertos casos, pone en entredicho la vigencia de la inscripción. Hay que aclarar que sólo *respecto al anotante*, porque esta anotación creo que no contradice el derecho ni la vigencia del asiento respecto a cualquier otro perturbador y que contra este perturbador, persona distinta del anotante, puede iniciarse el procedimiento. Lamento no ser ésta ocasión propicia para estudiar si la prescripción puede o no declararse en este procedimiento. Una declaración de prescripción que no produce excepción de cosa juzgada yo no la concibo. Pero tampoco me parece fácil exigir del contradictor que tenga a su favor sentencia firme donde se reconozca esta prescripción.

diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito, incluso el lanzamiento de la finca, si procediere.

El artículo 137 del Reglamento ha ampliado el plazo de comparecencia cuando el emplazamiento se practicara por edictos. Únicamente en este caso, que debe ser mirado con cierto recelo por su efectividad casi nula, se autoriza al Juez a practicar diligencias para mejor proveer (1) en plazo no superior a un mes. En los demás casos de emplazamiento, el procedimiento es tajante y rectilíneo. Se quiere cortar la perturbación rápidamente, por virtud del asiento y de la titularidad registral. La Rica enfoca perfectamente el problema y me solidarizo con sus conclusiones relativas a la enorme potencia procesal y ejecutiva del procedimiento.

Tampoco debe omitirse una referencia a la nota marginal del párrafo segundo del artículo 143. Su importancia especial equivale a la que tiene la nota prevenida en la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley. Su juego y efectos es el mismo. ¿Puede ser conveniente la presentación en el Diario del mandamiento, como pretende La Rica? La certificación de cargas del artículo 131 no es objeto de presentación y su finalidad se ha cumplido satisfactoriamente. No creo que un retraso en el despacho de la certificación, que tiene marcado su plazo reglamentariamente, pueda constituir un perjuicio para el ejecutante. Este no tiene más derecho que el cobro de su crédito y la intervención en el procedimiento, desamparo, pago u oposición del tercer poseedor no afectan a este derecho en términos de perjuicio (la oposición del tercer poseedor tendría origen en derecho del deudor anterior). Por lo tanto, no es una cuestión de prioridad y es indiferente la demora en el despacho de la certificación y extensión de la nota, aun cuando con ello se diere lugar a la intervención en el juicio de otra persona. En el Registro deben evitarse asientos de dudosa significación y valor, sin justificación práctica.

(1) Estas diligencias están limitadas a comprobar si se han cumplido los requisitos de la ejecución que se han precisado en la nota anterior. Como es muy difícil que un contradictor o perturbador de hecho, conocido del titular registral, no tenga domicilio conocido, la hipótesis del artículo 137 pocas veces se dará en la práctica. Pero si se da, las diligencias para mejor proveer han de ir encaminadas a evitar un despojo inicu por desconocimiento del presunto perturbador y a que llegue a conocimiento de éste la iniciación del procedimiento. Es decir, que en este caso el Juez debe intervenir, debe dejar de obrar automáticamente, pero al solo efecto de evitar un despojo, como, por ejemplo, en el caso de una ausencia corta que se intenta aprovechar con propósitos ilegales.

Relacionada con esta nota apunta La Rica una duda que a mi juicio no permite el Reglamento. La de que si cuanto dispone el artículo 233 es aplicable a todo procedimiento ejecutivo o si por el contrario, está limitado al judicial sumario hipotecario. Es bien elocuente lo preceptuado en la regla segunda del artículo 175, con referencia expresa al artículo 233 y la similitud de situaciones, tan perfecta que no autoriza más interpretación que una; es aplicable *en todo caso* cuanto dispone el artículo 233. Quien ordena la cancelación es el Juez, el cual debe tener en los autos los elementos de juicio suficientes para determinar los asientos que se han de cancelar y los que han de seguir vigentes. El Registrador no puede, por sí, señalar estos asientos, que están bajo la salvaguardia de los Tribunales. Examinando también otros preceptos del Reglamento se llega a la consecuencia de que rectilíneamente se ha querido puntualizar que no es cometido del Registrador, sino de la Ley, Reglamento o Juez, el señalar los asientos objeto de la cancelación.

Por no alargar excesivamente este comentario a los Comentarios de La Rica, no quiero referirme más que a otra cuestión batallona: la fehacencia de fecha, anterior en un año al día en que se practique la inscripción, de los documentos acreditativos de la previa adquisición. Reconozco los motivos y razones de quienes sustentan opinión dispar, triunfante en parte en el Reglamento (la fecha de un año se quería referir a la del otorgamiento del documento inmatriculador y no a la fecha de la inscripción, lo cual era mucho más restrictivo y a mi juicio menos fácil de fundamentar teóricamente). Además de reconocer esas razones, las respeto, pero no las comparto. Siempre estuve en contra de esta restricción por cuestiones de principio, y mantengo mi postura.

Es inadmisiblemente técnica que una Ley que con mayor o menor fundamento afirma que la propiedad no está inscrita en un 60 por 100, recorte los medios inmatriculadores, como acertadamente hizo notar Roca Sastre respecto la ley de 1944. Esta incongruente pretensión, ha sido afortunadamente desvirtuada, primero en el texto refundido y después en el Reglamento de 1947.

No es culpa nuestra si el Catastro es lo que es y no es lo que hubiera debido ser. Muy lamentable, pero es un hecho. Por eso el Registro no puede amparar la realidad de la existencia física de la finca, sino tan sólo la existencia jurídica. En esa vida jurídica de la finca doy tanta importancia al documento notarial como título civil, conforme con las



teorías más avanzadas civilistas, que opino qué escritura pública relativa a finca no inscrita en el Registro, debe determinar la inmatriculación de esta finca sin más trámites ni restricciones, aunque con las debidas garantías posteriores que imposibiliten la eficacia de simulaciones o de fraudes. La vida de la finca se comienza por un título perfecto, que reúne todas las garantías exigidas por el artículo 205 de la Ley, de esa Ley que a su pesar admitió la inmatriculación por este procedimiento, que eliminó el medio inmatriculador de la posesión y que, sin embargo, entre los requisitos exigidos no menciona para nada ese famoso año, de tan largo abolengo posesorio, que puede decirse es consustancial con la idea de la posesión. Precisamente en el momento en que la posesión es expulsada violentamente del Registro, se admite el hecho posesorio del año como sanatorio de un título que no está enfermo, año que no cuenta con precedentes en la legislación anterior tan discutida teóricamente, pero de tan indudables efectos prácticos, que bien puede decirse que la propiedad que busca al amparo del Registro, incluso en los casos de reconstitución, elige este medio inmatriculador como el más apropiado. Se arguyen fantasmagóricos peligros que no dudo pueden existir en contadas ocasiones, pero que ante la enorme cantidad de inscripciones practicadas y que se ajustan a la realidad, ni siquiera se perciben.

La limitación de efectos durante dos años a las inscripciones de inmatriculación, consignada en el artículo 207 de la Ley, considero es suficiente defensa para el problemático perjuicio de un posible dueño real. Este dueño real o titular de alguna acción de revocación, rescisión o resolución, así como los titulares de derechos reales que graven la finca inmatriculada, están garantidos durante dos años de que no surgirá el tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley. Durante este tiempo, pueden instar los procedimientos legales más oportunos para que su derecho no quede perjudicado; si no lo hacen, allá ellos.

No suelen abundar los dueños reales extrarregistrales. Por el contrario, el comprador o heredero que inscribe, busca el amparo del Registro porque es dueño, porque quiere la mayor seguridad legal para su finca y muchas veces porque necesita usar del crédito hipotecario, acaso para satisfacer el precio de la adquisición. Este dueño real *de verdad*, con un título perfecto civil, de dos o de once meses de existencia, que esta circunstancia no añade ni quita valor a su título, se ve privado del acceso al Registro por una traba que, como toda restricción, no

puede extenderse a otros supuestos que los previstos y que debe ser interpretada restrictivamente porque limita lo preceptuado en el artículo 205 de la Ley. En una palabra: el dueño verdadero, de buena fe, se ve desamparado y tal vez en la imposibilidad de adquirir la finca que le conviene. Creo que el perjuicio es mayor que el mal supuesto que se ha tratado de evitar. La regla general es que el inmatriculante es dueño de verdad; la excepción reducida a un cálculo casi infinitesimal, es que no es el dueño. Es mejor perdonar a un culpable, que inculpar a un inocente, o mejor dicho, a innumerables inocentes. Y no una, sino muchas veces, le basta al acreedor la seguridad de inscribir su crédito, sin preocuparse de la limitación de efectos durante dos años, porque conoce la situación real y desprecia lo inexistente, por mucho que la Ley se cuide de pregonarlo.

Respecto si los testigos que han de aseverar la notoriedad pueden deponer o no su testimonio en la misma escritura objeto de inmatriculación, he de indicar que ilustres y estudiosos Notarios, algunos especializados en cuestiones hipotecarias, se inclinan por la afirmativa. Entre ellos se cuenta Ángel Sáenz, según categórica declaración en su conferencia pronunciada el día 2 de septiembre de 1947 en la Semana Notarial de Santander, de la que fui oyente.

Es costumbre, digna de elogio, terminar alguna vez los artículos que han de publicarse. Cuanto más largos son, más debía recordarse esta costumbre. Por eso termino y bruscamente, ante lo inagotable de la materia objeto del trabajo de Ramón de la Rica y una vez señaladas mis discrepancias con sus opiniones, tan ecuanímes y bien razonadas. Estas discrepancias, que tanto desmerecen al lado de sus valiosos comentarios, pueden estimarse dignas de consideración, no por ser mías, sino por reflejar el común sentir de otros profesionales que las comparten y que creen deben ser también divulgadas.

Queda abierto el ciclo de comentarios extensos a la nueva reglamentación hipotecaria y con una obra práctica, de excepcional valor, dada la calidad y cualidades del autor y su condición de redactor del Reglamento de 1947.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad.

NOTA.—En el artículo «El abandono en la hipoteca», publicado en el número 238, marzo 1948, página 156, línea 32, dice: «adjudicación en el procedimiento sumario o sin asunción de deuda»; debe decir: «Adjudicación sin asunción de deuda».

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1947.—*Testamentaria: remedios contra inclusión de bienes en la misma. Legado de residuo.*

I. La limitación impuesta por el artículo 1.038 de la Ley procesal para promover el juicio voluntario de testamentaria no puede impedir que quien estime que se han incluido en el inventario bienes que le corresponden y necesite justificar el título en que funde su pretensión ejercite las acciones conducentes a uno y otro fin, bien en procedimiento aparte, o bien en el mismo juicio, como incidente, por los trámites ordinarios del que corresponde, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala: sentencias de 25 de abril de 1893, 20 de abril de 1925 y 18 de agosto de 1939.

II. Al instituir doña Francisca Burgos heredera única y universal a su hermana doña Manuela, en pleno dominio y sin limitación de ningún género, y declarar también que los bienes hereditarios de que no hubiere dispuesto pasaran, a la muerte de la heredera, al Asilo de Pobres Ancianos de San Sebastián, estableció claramente una disposición testamentaria de *eo quod superit* o legado de residuo, cuya naturaleza jurídica no encaja del todo, como dice la sentencia de esta Sala de 13 de febrero de 1943, en el marco de las sustituciones fideicomisarias puras, reguladas en los artículos 781 y complementarios del Código civil, a virtud de las cuales se concede derecho al sustituto desde la muerte del testador.

III. Establecido, al sustentar el Tribunal *a quo* la tesis de que la premoriencia hizo imposible esta sucesión, y que, por tanto, muerta la testadora sin disponer de los bienes que pertenecieron a su padre por voluntad de éste, deben pasar a la demandante, no ha incidido en la infracción de los artículos 675 y 781 del Código civil que se invocan en el motivo cuarto, porque el carácter condicional que la jurisprudencia viene asignando a esta singular especie de sustitución obliga a mantener en lo esencial el criterio que es base de la sentencia impugnada, ya que la eficacia de tal institución precisa que los bienes hereditarios entren en el patrimonio del primer instituido para que, en el caso de que al morir éste no hubiese dispuesto de la totalidad, pueda adquirir el resto el llamado en segundo término.

SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1947.—*Domicilio conyugal.*

De las manifestaciones de las partes y del documento suscrito por el demandado y presentado por la demandante, que debe estimarse suficiente como principio de prueba a los efectos de esta competencia, resulta que una vez que contrajeron matrimonio el domicilio conyugal quedó establecido en Madrid, donde estuvieron residiendo ambos cónyuges hasta que el marido decidió separarse de su mujer y abandonó dicho domicilio, y como según el artículo 40 del Código civil el domicilio de una persona natural es el lugar de su residencia habitual y supone como elemento fundamental no la permanencia más o menos larga en un lugar determinado, sino la voluntad de la misma de establecerse definitivamente en él, al fijar el marido Madrid como domicilio conyugal, sin que posteriormente haya establecido otro ni requerido a su mujer para que se traslade a él, es visto que esta capital debe ser considerada como domicilio del matrimonio y, por lo tanto, del marido, sin que el hecho de figurar inscrito desde antes de su matrimonio en el padrón vecinal de Antequera tenga otro alcance que el que las disposiciones administrativas atribuyan a tal inscripción y que no puede afectar al concepto del domicilio definido por las leyes civiles, procediendo por todo lo expuesto decidir a favor del Juez número 21, de los de primera instancia de Madrid, la competencia entablada.

SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1947.—*Beneficio de pobreza de mujer casada; subordinación de los principios de Derecho a la Ley.*

Solicitada por la hoy recurrente la concesión del beneficio legal de pobreza para litigar, declarando en la demanda su estado de casada, no puede prescindirse, para estimar si debe o no serle otorgado aquel beneficio, de lo que está preceptuado en los artículos 18 y número 5.º del 28 de la Ley ritual civil, porque es reiterada la jurisprudencia que establece que no hallándose disuelta la sociedad conyugal, la mujer casada que pretende obtener el beneficio de asistencia judicial gratuita para litigar, aunque sea con su marido, debe probar la existencia o carencia de rentas y demás recursos o medios de fortuna de que dispone el marido para atender a las cargas del matrimonio, y como en el caso presente no se ha intentado siquiera la probanza aludida, sino que deliberadamente se han omitido los datos referentes a la situación económica del cónyuge demandado, al ser denegada por la Sala sentenciadora la concesión de pobreza legal que pretendía la demandante, han sido rectamente interpretados y aplicados por aquélla los preceptos que antes se mencionan, y no ha cometido las infracciones que se le atribuyen en el primer motivo del recurso, en el que el recurrente para fundamentarle pretende razonar una interpretación particular de los artículos aludidos, a base de los signos de puntuación, que es totalmente inadmisibles, siendo procedente por todo ello la desestimación de este motivo primero.

Deben igualmente ser desestimados los tres motivos restantes del recurso,

porque el segundo acusa la infracción de unos principios de derecho que no son atinentes al caso: en primer lugar, porque existiendo preceptos legales aplicables, y aquí los hay, no entran en juego los principios de derecho, y en segundo lugar, porque el «*dar a cada lo suyo*» no ha podido ser vulnerado al denegar una petición que no resultaba ajustada a la Ley, y el de que «*nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio*» se ha estimado por la jurisprudencia como de orden procesal admisible en todo caso en los recursos que afectan a la forma; el tercer motivo está formulado con tal imprecisión, que lo hace hallarse incurso en la causa de inadmisión del número 4.º del artículo 1.729 de la Ley rituaria, y el cuarto motivo carece en absoluto de pertinencia, porque la infracción acusada, que es la del artículo 19 del Fuero de los Españoles, tiene su lugar en la jurisdicción criminal, y no en la que a esta Sala primera del Tribunal Supremo compete.

SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1947.—*Capacidad procesal de mujer casada; necesidad de representación por Procuradores en juicios verbales, ante el Juez de primera instancia.*

El recurso se funda en que, habiendo sido citados por segunda vez los demandados para el juicio de desahucio en precario planteado contra ellos, personalmente la mujer y por cédula el marido (advuértase que la primera citación se hizo a ambos personalmente), compareció aquélla, alegando que el marido se hallaba ausente; pero el Juez no le tuvo por comparecida eficazmente, por tratarse de mujer casada y no estar asistida de su marido y por estimarse obligatoria en el acto del juicio verbal la comparecencia por medio del Procurador, por sostener el recurrente, de una parte, que la mujer no necesita de dicha asistencia hallándose aquél ausente, y de otra, que el juicio sobre desahucio, cuando se celebra ante el Juez de primera instancia, no exige la representación por Procurador.

Conforme al artículo 60 del Código civil, la mujer casada no puede comparecer en juicio sin licencia de su marido, a quien corresponde la representación de la misma, salvo los casos expresamente exceptuados en dicho artículo, entre los que no se encuentra el de autos, y, por lo tanto, tanto el Juez como la Audiencia, al conocer de la apelación entablada contra la sentencia, se atemperaron a los preceptos legales al negár validez a la comparecencia de la mujer fuera de las formas legales y dar lugar al desahucio, según lo preceptuado en el artículo 1.578 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Por lo que se refiere a la exigencia de Procuradores en los juicios de desahucio tramitados ante los Jueces de primera instancia, es evidente, conforme al criterio recientemente sostenido por esta Sala en sentencia de 10 de enero de 1943, su nulidad, porque la comparecencia por medio de aquél es la regla general (artículo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento civil), y entre las excepciones consignadas en el artículo 4.º está la de los juicios de que conocen en primera instancia los «Jueces municipales» (número 2.º), pero no los juicios verbales celebrados ante los de primera instancia, como el de autos, procediendo, por todo ello, la desestimación del recurso.

SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1947.—*Casabilidad del laudo de amigables componedores.*

Es principio rector del criterio con que han de ser entendidos y aplicados los preceptos rituarios que determinan los supuestos fundamentales de los recursos de casación el del estricto y riguroso sentido de los mismos, excluyente de la posibilidad de que, por razones de analogía, encuentren aquéllos amparo en motivos distintos de los que establece la Ley.

Para dos solos casos, ambos constitutivos de exceso en el ejercicio de la jurisdicción concedida por la voluntad de los comprometidos, otorga la Ley de Enjuiciamiento civil el recurso de casación contra las sentencias de los amigables componedores, al disponer expresa y limitadamente, en los artículos 1.691 y 1.775, que habrá de fundarse en haberse dictado por aquéllos la sentencia fuera del plazo señalado en la escritura de compromiso o resuelto en ella puntos no sometidos a su decisión; y este limitativo sentido de los preceptos procesales priva de viabilidad, haciéndole desestimable, al recurso interpuesto por D. Jaime Rolland Planas, porque, aun invocándose en él la segunda de las causas que señala el primero de los mencionados artículos, con cita, también inadecuada, de los números 2.º y 3.º del 1.692, no acusa el recurrente al laudo impugnado de haber resuelto cuestiones no sometidas por los comprometidos a los amigables componedores, sino de no resolver una de ellas, supuesto que, además de su falta de certeza, revelada por el examen de la escritura de compromiso y del laudo, y referido por el recurrente a un extremo que no constituía premisa para los demás sometidos por la voluntad de los interesados a la resolución de los amigables componedores, no se halla comprendido en ninguno de los dos casos en que, según queda dicho, procede el recurso de casación.

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1947.—*Reconocimiento de hijos naturales.*

Lo que en los presentes autos se pretende por la demandante, y a ello accede la sentencia recurrida, es que, bajo el pretexto de pedir unos alimentos provisionales, se investigue la paternidad, y que, por lo que aparece en unas certificaciones de nacimiento y bautismo que no ha tenido intervención alguna el demandado, se declara que éste es el padre de las menores María Teresa y Sebastiana Herrero y Vaquero, y, en su consecuencia, se le condena a los alimentos pedidos.

Si bien es cierto que los hijos naturales tienen derecho a alimentos, conforme al número 4.º del artículo 143 del Código civil, lo primero a dilucidar y dar por sentado es si a los que se refiere la demanda son tales hijos naturales del demandado, cosa que éste niega terminantemente, y cuyos medios de prueba a acreditarlo tienen que ser, no unos suficientes, como erróneamente sostiene el fallo recurrido, a los fines de los alimentos, sino los absolutamente necesarios y exigidos por el Código civil en materia tan fundamental como es la declaración de paternidad, que sólo puede establecerse

conforme a los taxativos preceptos de los artículos 131 y 135 del citado Código.

Esto sentado, desde el momento que en las certificaciones de nacimiento y bautismo en que se apoya la sentencia no se acredita ni sostiene en ésta que en tales actos haya tenido la menor intervención el demandado, y, por tanto, que no existe el acto voluntario de reconocimiento que previene el citado artículo 131, es visto que notoriamente se infringe este precepto, en relación con el 129 del mismo cuerpo legal, y, en su virtud, carece de base la prestación de alimentos que se solicita.

SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1947.—*Acción reivindicatoria.*

Otro de los fundamentos en que el segundo motivo del recurso se apoya es la infracción de la doctrina de esta Sala según lo que, cuando el poseedor contra quien se dirige la acción reivindicatoria tiene un título más o menos firme, es preciso obtener previamente la declaración de nulidad del mismo para que dicha acción prospere; pero si bien es cierto que este Tribunal ha proclamado tal doctrina, no lo es menos que también ha establecido que no es aplicable cuando ambas partes derivan sus derechos de documentos y hechos diversos, sin relación ni dependencia, porque en este caso el litigio se reduce a discutir sobre el valor, eficacia y preferencia de los documentos o de los datos que respectivamente aporten el demandado y el actor, de tal modo que la ineficacia del título del demandado sea efecto natural del derecho de propiedad del actor, y como éstas son las circunstancias del caso actual, en que la Sala, después de analizar los títulos presentados por ambas partes, derivados de hechos diversos e independientes, llega a la conclusión de que, patentizadas las graves y esenciales deficiencias de la titulación aducida por el demandado no puede prevalecer frente a la de los actores, no resulta infringida la doctrina invocada por el recurrente en este segundo motivo, porque todo lo expuesto debe ser también desestimado.

LA REDACCIÓN.

# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de junio de 1946.*

EN EL CASO DE QUE AL LIQUIDAR UNA TESTAMENTARIA SE LIQUIDE EL ACTO "DEDUCIDO" DE ADJUDICACIÓN DE INMUEBLES PARA PAGO, EL ADJUDICATARIO TIENE DERECHO A LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO EN LOS MISMOS TÉRMINOS QUE LO TENDRÍA SI LA ADJUDICACIÓN HUBIERA SIDO HECHA EXPRESAMENTE.

*Antecedentes.*—Practicadas en escritura pública determinadas operaciones testamentarias, figuraban en el caudal inventariado buen número de fincas que estaban gravadas con hipotecas de importancia.

El Liquidador, ante la constancia de esos gravámenes y sin que en la partición se hiciese la deducción de esas deudas que las hipotecas garantizaban, ni, por tanto, se hubiesen adjudicado bienes para su pago, aplicó el apartado 13 del artículo 101 del Reglamento, hizo la deducción correspondiente y practicó la oportuna liquidación en el concepto de adjudicación de inmuebles para pago.

Posteriormente, y antes de transcurrir el año a que se refiere el artículo 9.º en esos casos de adjudicación, a contar desde la liquidación, las herederas adjudicatarias vendieron las fincas hipotecadas y, una vez satisfecho el impuesto por esa compraventa, pidieron al Delegado de Hacienda, antes de transcurrir los cinco años y con apoyo en ese artículo 9.º y en el 208, la devolución de lo que habían pagado por adjudicación como acto deducido y liquidado por el Liquidador, de oficio, en la testamentaria mencionada.

La devolución fué denegada y llevado el caso a la vía económico-



administrativa. el Tribunal Provincial desestimó también la pretensión, y razonó diciendo que no se trataba de una adjudicación expresa de bienes para pago, y que si bien las deudas fueron deducidas de oficio por el Liquidador en virtud de lo previsto en el párrafo 2.º del artículo 101 del Reglamento, no se puede olvidar que la adjudicación tácita que con la deducción se produjo, no puede ser tenida en cuenta según el apartado 5.º del citado artículo 9.º, a los efectos de la devolución pretendida, porque no existiendo bienes expresamente adjudicados para el pago, el supuesto del artículo no se da, so pena de interpretarlo extensivamente, lo cual no es lícito. O sea, en conclusión, que para el Tribunal la adjudicación tácita no engendra el derecho a la devolución del impuesto pagado.

Semejante interpretación del mentado artículo 9.º no fué compartida por el Tribunal central y revocó el acuerdo del inferior, razonando así: no puede dudarse que si en una herencia el valor de los bienes se encuentra minorado por el importe de deudas hipotecarias, cabe una de estas tres soluciones: o se satisfacen adjudicando bienes en pago a los acreedores, o se da la comisión o encargo de pagarlas, adjudicando bienes a tal fin, o se deja el pago en suspenso; y en cualquiera de los tres supuestos el concepto jurídico del impuesto exige que se gire la liquidación correspondiente, bien a cargo de los acreedores, bien al de los adjudicatarios en comisión, o bien al de los herederos; en cuanto a éstos, porque reciben bienes del caudal sujetos al pago de deudas del causante.

Y la sujeción en ese caso tiene clarísimo fundamento en la naturaleza jurídica del acto liquidable, puesto que constituye una adquisición de bienes inmuebles equivalentes al importe de la deuda estimada deducible, cuyo importe tendrán que pagar en metálico al acreedor, viniendo así éste a representar el precio de la parte de bienes en relación con la deuda, recibidos junto con los demás que como herederos se les adjudican en la escritura particional.

Además, continúa el Tribunal central, el Reglamento no regula solamente la adjudicación expresa de bienes para pago, sino también la tácita: la primera es la contemplada en el apartado 5 del aludido artículo 9.º, y la segunda en el párrafo 13 del artículo 101, en el que expresamente se dice que cuando en una herencia existan deudas que deban deducirse, se carezca de metálico para pagarlas y no se haga adjudicación expresa de bienes para su pago, se exigirá el impuesto al

heredero por el referido concepto de adjudicatario para pago de deudas, con todos los derechos y deberes atribuidos por el Reglamento a tales adquirentes, cuyo precepto es el aplicable claramente al caso que se discute, en el que por añadidura concurren las circunstancias todas previstas en el Reglamento para la pretendida devolución, como son la enajenación de los inmuebles dentro del año de haber sido adjudicados, el pago del impuesto por el comprador y la petición del adjudicatario antes de los cinco años, contados, como previene el artículo 108, desde aquella enajenación.

*Comentarios.*—Es el caso propuesto tan claro y encaja tan exactamente en la previsión del artículo 101, que no se comprende fácilmente cómo pudo ser puesta en tela de juicio la devolución pedida, sin otro fundamento que el único esgrimido de tratarse de una adjudicación tácita, pues cuando existen deudas en una testamentaria y ellas son deducibles, nada importa que los herederos las deduzcan o no ni que hagan o no adjudicación de bienes para su pago. Tanto en uno como en otro supuesto, la razón jurídica para exigir el impuesto es la misma; el equivalente en bienes que ellas representen lo adquiere en su caso el adjudicatario expreso, y en el otro el heredero, ya que éste, en su concepto de heredero, no adquiere más que el importe líquido de la herencia, y el resto, o sea aquel equivalente, no lo puede recibir más que como adjudicatario con obligación de pagar las deudas, lo cual habrá de hacer con su propio peculio o con lo que los bienes le produzcan en venta, o si no adjudicándolos al acreedor en pago; conceptos perfectamente independientes del específico de heredero y comprensivos del de comisionado para pago.

*Resolución del Tribunal Central de 25 de julio de 1946.*

EL REQUISITO ESENCIAL PARA QUE LOS CONTRATOS DE APROVECHAMIENTOS FORESTALES SE CALIFIQUEN COMO ARRENDAMIENTOS Y NO COMO TRANSMISIÓN DE BIENES MUEBLES, AUNQUE SE TRATE DE ÁRBOLES SECOS, QUEMADOS O DERRIBADOS POR EL VIENTO, CONSISTE EN QUE EL APROVECHAMIENTO RESPONDA A UN PLAN DE APROVECHAMIENTO DEL MONTE DEBIDAMENTE APROBADO.

*Antecedentes.*—Se trataba del aprovechamiento de un considerable número de árboles de un monte de propios de la provincia de Avi-

la, unos secos por incendio y en pie, y otros derribados por los vientos, para lo que se formó el correspondiente pliego de condiciones facultativas y económicas por la Junta Administrativa titulada "Asocio de la extinguida Universidad y tierra de Avila".

Celebrada la subasta y adjudicado el aprovechamiento, el adjudicatario presentó a liquidación la escritura en que se solemnizó el contrato, y la Oficina liquidadora consideró el acto como transmisión de bienes muebles. El adjudicatario entabló recurso contra tal calificación alegando y probando documentalmente que se trataba de un aprovechamiento comprendido en el plan dasocrático anual del monte y en ejecución del mismo, por lo cual la calificación que procedía reglamentariamente era la de arrendamiento.

El Tribunal provincial desestimó el recurso y confirmó la liquidación, fundándose en que en realidad no se trataba de aprovechamiento propio de un plan de ordenación, sino de cortar y aprovechar pinos secos, unos en pie y otros derribados, es decir, del caso previsto en el último inciso del apartado 8) del artículo 16 del Reglamento, cuando dice que "la corta de árboles se reputará y liquidará como transmisión de bienes muebles".

Esa teoría no fué compartida por el Tribunal central y anuló la liquidación revocando el acuerdo del provincial y diciendo que las concesiones de aprovechamientos forestales han de calificarse como arrendamientos aunque en ellos se comprenda la corta de árboles, siempre que se justifique que el contrato responde a un plan de aprovechamiento del monte. Este es, dice, el requisito esencial que cualifica el acto, cualquiera que sea el aprovechamiento de que se trate.

*Comentarios.*—El caso debatido ha sido considerado, sin duda, por el Tribunal central con un criterio de amplitud benevolente sobre lo que ha de estimarse como aprovechamiento racional de un monte para que el acto sea considerado como arrendamiento, aunque el pacto comprenda la corta de árboles. El concepto en sí está lo suficientemente claro en la letra del apartado 8 del mentado artículo 16 del Reglamento cuando se trata de beneficiar un monte racionalmente y según los principios de la técnica forestal, de tal manera que la corta y el aprovechamiento arbóreo consiguiente se realice sin detrimento de la permanencia del monte y del sucesivo desarrollo de las especies que en él vegeten, e incluso para que ese desarrollo sea más eficaz. Pero, siendo ello así, y siendo ése, a no dudarlo, el verdadero

concepto del aprovechamiento de los montes, que hace que el legislador lo tarife entre los arrendamientos, también es verdad que, con arreglo a esas normas, el aprovechamiento de árboles, unos secos en pie y otros derribados y también secos, se despega de dicho concepto, puesto que no es fácil comprender cómo esos pies derribados y esos otros en pie, pero secos, pueden ser objeto de contratación y apropiación a título de aprovechamiento racional y científico del monte, haya o no precedido el dictamen y el plan de organismo estatal correspondiente. En definitiva, esa contratación y ese aprovechamiento parece, más que otra cosa, un contrato de compra de árboles, impuesto por una elemental y normal administración sin relación alguna con el futuro desarrollo del arbolado en pie, y con independencia, por lo tanto, de toda ordenación y plan de aprovechamiento racional del monte, según la nomenclatura administrativa reglamentaria.

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 25 de junio de 1946.*

EN LOS CONTRATOS MIXTOS DE CUANTÍA SUPERIOR A 250.000 PESETAS, LA LIQUIDACIÓN PROVISIONAL CORRESPONDIENTE AL PRIMER AÑO HA DE GIRARSE, A TENOR DEL ARTÍCULO 51 DEL REGLAMENTO, SOBRE LA MITAD DEL PRECIO PACTADO, SI EL CONTRATO TIENE LA DURACIÓN DE DOS AÑOS Y NO APARECE DETERMINADA LA CANTIDAD PRESUPUESTADA PARA CADA UNO DE ELLOS.

SI EL CONTRATO SE REFIERE A VIVIENDAS PROTEGIDAS CON DERECHO A BONIFICACIÓN, ÉSTA HA DE AFECTAR TANTO A LAS CUOTAS COMO A LOS HONORARIOS, MULTAS E INTERESES DE DEMORA, Y NO ES ADMISIBLE LA PRÁCTICA DE APLICAR ESOS CONCEPTOS A LA TOTALIDAD DE LA BASE Y DESPUÉS HACER LA BONIFICACIÓN DEL 90 POR 100 SOBRE LAS CUOTAS SOLAMENTE.

*Antecedentes.*—En la correspondiente escritura pública se concertó con un Ayuntamiento la construcción de un grupo de viviendas protegidas en la cantidad de 14.999.000 pesetas. El Instituto Nacional de la Vivienda aprobó el proyecto con los beneficios tributarios de rigor, diciéndose en la escritura que el presupuesto, con el incremento de los honorarios de redacción del proyecto, ascendía a

15.144.176 pesetas, y que el plazo de ejecución de las obras sería de dos años.

La Oficina liquidadora giró liquidación por contrato mixto sobre la base de la mitad de dicha segunda cifra, como correspondiente al primero de los dos años de duración del contrato, ya que en él no se determinaba la cantidad de obra a ejecutar en cada uno de aquéllos y sobre la cantidad total obtenida por cuotas dedujo el 90 por 100, aplicando la bonificación establecida en el artículo 8.º del Reglamento, percibiendo los honorarios correspondientes a la cuota sin deducción alguna.

La liquidación fué recurrida diciendo que la base de la liquidación se había fijado sin tener a la vista la certificación de obras, determinándola con la sola predeterminación del plazo de dos años y dividiendo el presupuesto por mitad y con olvido de que el servicio contratado pudiera no ejecutarse, y olvidando además que la bonificación se aplica a la totalidad de las partidas y no únicamente a las cuotas. Para reforzar la tesis se acompañó certificación demostrativa de no haber comenzado las obras.

La reclamación fué acogida en parte por el Tribunal provincial, al admitir que la base liquidable debía ser la mitad de los 14.999.000 pesetas, que era la cantidad consignada en la escritura inicial, y no la de 15.144.176 pesetas que el liquidador tomó adicionando el importe de los honorarios del proyecto y de los derechos obvenconales. En los demás extremos confirmó la liquidación en razón de que siendo dos los años de duración del contrato y no habiéndose determinado la porción de obra a ejecutar en cada uno de ellos, lo reglamentario era asignar el 50 por 100 del presupuesto al primero, sin que a ello pueda servir de obstáculo la posible rescisión o resolución del contrato, para cuyo supuesto están las previsiones del artículo 58 del Reglamento, y en cuanto a la bonificación sostuvo que no afectaba reglamentariamente más que a la cuota.

El punto de vista del Tribunal provincial fué mantenido por el Central en cuanto a la base liquidable, pero no así el relativo a la forma de computar la bonificación, la cual ha de hacerse, dice, sobre la cuota con todas sus consecuencias y afectar tanto a los honorarios como a la demora y la multa, si procedieren, puesto que unos y otras se exigen en función de la cuota liquidada.

Por fin, en cuanto a la pretensión de que la liquidación debe apla-

zarse ante la posibilidad de que el contrato se rescinda, dice que no hoy precepto legal que así lo disponga, antes al contrario, para esos casos están las prevenciones del artículo 58 del Reglamento disponiendo que cuando se declare o reconozca judicial o administrativamente, por resolución firme, haber tenido lugar la nulidad, rescisión o resolución de un contrato o acto, el contribuyente podrá exigir la devolución de las cuotas ingresadas, si se cumplen los requisitos que el mismo precepto exige.

*Comentarios.*—Por nuestra parte añadiremos solamente por vía de apostilla que la aplicación de la bonificación a la cuota exclusivamente, una vez hecha la liquidación sobre la total base liquidable, no sólo va contra la norma reglamentaria de que el cómputo de honorarios, intereses y multa ha de hacerse en un tanto por ciento de la cuota exigible, sino que además conduciría al absurdo de liquidar demora, por ejemplo, sobre una cantidad que el contribuyente no tiene que ingresar. Y la cosa es clara: si la cuota sin deducción es ciento y la multa es del 20 por 100, el contribuyente vendría obligado a pagar, una vez hecha la deducción del 90 por 100, diez de cuota, y tendría que pagar en concepto de multa 20, es decir, el 200 por 100 de la cuota efectiva.

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 25 de junio de 1946.*

LA BONIFICACIÓN DEL 3 POR 100 DE LAS CUOTAS QUE EL ARTÍCULO 112 CONCEDE A LOS CONTRIBUYENTES QUE DENTRO DE LOS TRES MESES DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE PRESENTEN TODA LA DOCUMENTACIÓN PRECISA PARA LIQUIDAR, NO PUEDE DENEGARSE UNA VEZ APROBADO EL PROYECTO DE LIQUIDACION.

*Antecedentes* —Dentro de los tres meses del fallecimiento de cierto causante se presentó en la Oficina liquidadora la relación de los bienes relictos, expresando en ella los nombres de los herederos y legatarios y su parentesco con aquél, así como el testamento, en el que también constaban esos extremos, y junto con esos antecedentes todos los demás necesarios para girar liquidación definitiva, líquidos imponibles, declaración jurada conforme al artículo 119 del Reglamento, etcétera.

Ateniéndose a todos esos elementos de juicio, el liquidador hizo el expediente de comprobación y formuló el proyecto de liquidación concediendo la bonificación reglamentaria del 3 por 100 de las cuotas. El proyecto fué aprobado por la Abogacía del Estado, salvo en cuanto a la bonificación, por estimar que no estaba justificado el parentesco del testador con los beneficiarios de la sucesión: y contra ese extremo del acuerdo se entabló recurso, alegando que en el expediente figuraban todos los elementos y datos reglamentariamente exigibles para disfrutar de la negada bonificación, como palmariamente lo demostraba el hecho de que la Oficina liquidadora no tuvo necesidad de reclamar ninguno para girar las liquidaciones, las cuales, además, lo fueron con el carácter de definitivas y, a mayor abundamiento, la propia Abogacía del Estado las confirmó.

El Tribunal provincial denegó la reclamación diciendo que la relación de los herederos y legatarios y la expresión de su parentesco con el causante es preceptiva para el contribuyente, siquiera no sea imprescindible para que el liquidador pueda realizar su función.

Tal resolución fué revocada por el Tribunal central, porque si bien el artículo 112 del Reglamento concede la bonificación a los contribuyentes que llenen los requisitos que determina y entre ellos el de presentar todos los documentos necesarios para liquidar, provisional o definitivamente, es indudable que esto último queda en parte a la libre apreciación de la Oficina liquidadora, la cual en cada caso podrá juzgar si los documentos aportados son o no bastantes a dicho efecto. Esto supuesto, está claro, sigue diciendo el Central, que en el caso discutido consideró suficientes las manifestaciones del escrito pidiendo la liquidación definitiva, junto con la copia auténtica del testamento, para acreditar quiénes eran los adquirentes y cuál su parentesco con el testador, y la prueba está en que sin necesidad de nuevas justificaciones formuló el proyecto de liquidación.

Es cierto—añade—que el artículo 115 exige que se acompañe a la solicitud de liquidación la aludida relación con expresión del parentesco, y que en esta ocasión no se presentó, pero esa previsión reglamentaria no se puede interpretar de una manera tan literal y estrecha que no se pueda suplir con una manifestación de idéntico contenido, cual es, en nuestro caso, la expresión de esos extremos en el escrito en que se pidió la liquidación, y lo que es más, con un documento de mayor fuerza como es la copia auténtica del testamento, en el que concretamente se

citan los herederos y legatarios y se expresa el parentesco que les une con el testador. A todo lo dicho ha de añadirse el hecho de que el liquidador, primero, y la Abogacía del Estado, después, aceptaron tales datos como buenos para proceder a la liquidación.

*Comentarios.*—Después de todo lo que va dicho, nos limitamos a decir que los razonamientos del Tribunal son incontrovertibles, máxime teniendo en cuenta la aprobación prestada por la Abogacía del Estado al proyecto de liquidación.

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

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

**OBRA NUEVA**  
**LEGISLACION DEL IMPUESTO DE DERECHOS**  
**REALES Y SOBRE TRANSMISION DE BIENES**

COMENTADA Y CONCORDADA (2.<sup>a</sup> edición)

POR

**JOSE MARIA RODRIGUEZ VILLAMIL**

Se ha puesto a la venta la segunda edición, y comprende en un tomo de 720 páginas la nueva Ley y el nuevo Reglamento, con los correspondientes comentarios y la jurisprudencia al día.

Precio en rústica, 120 pesetas, en pasta española, 150, y en la corriente, 135.

Pedidos al autor, Alcalá, 157.—Madrid.



## V A R I A

*Derecho musulmán. Visión de conjunto.*—Conferencia del Registrador de la Propiedad D. Juan Francisco Marina Encabo, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 23 de febrero de 1948.

Estoy hecho un lío. Desde la riberas del Tíber y del Sena, en cuyas aguas casi me sumergió Cánovas (1), me traslada Marina, para secarme del remoión, a los países orientales y africanos. Mis recuerdos de estos últimos datan del cumplimiento de deberes militares en 1921 y no se cifran, precisamente, en textos jurídicos, sino en la algarabía y en el ir y venir del zoco del pan, en los haiques sucios, blancos que fueron o pardos que son, en los borriquillos y en los vendedores, en los velos blancos y en los ojos negros. La preparación no es muy adecuada para una disertación sobre Derecho musulmán.

Menos mal que me lleva del brazo un buen guía. Cenceño, enjuto. Nacido en Atienza, aunque debía haber nacido, por sus aficiones, en la mismísima Meca. No digo la fecha, porque su prodigiosa memoria me señalaría en seguida que aquel día fué jueves, hubo un terremoto en cualquier sitio del mundo y tomó posesión de su cargo un Ministro determinado. Sin embargo, su memoria tal vez quede empequeñecida por su modestia, por su cultura y por su capacidad de trabajo. Es Doctor en Derecho, Licenciado en Filosofía y Letras y obtuvo por oposición plaza de Secretario judicial, Notario y Registrador de la Propiedad. Además, es un enamorado del Derecho musulmán, que ha divulgado en innumerables artículos y conferencias y que ha practicado como Abogado en ejercicio en todo el norte de Africa, donde ha permanecido

(1) Véase el número anterior de esta REVISTA.

largas temporadas, alguna vez invitado especialmente por el Alto Comisario de nuestra Zona:

Propugna la sustitución del sistema registral vigente en la Zona del Protectorado, mal inspirado en el del Acta Torrens e inadecuado a la situación jurídica de la propiedad territorial en Marruecos, por otro sistema registral similar al que rige en la Península. Pero en esta ocasión su propósito no fué comentar un tema concreto inmobiliario, sino una visión panorámica del Derecho musulmán, ese *mar sin riberas*, según acertada y poética frase de un jurisconsulto árabe.

Este Derecho forma parte de la religión musulmana. No existen Códigos, sino principios enraizados en el *Alcorán* y en la *Sunna*, fuentes principales de aquel Derecho, aun cuando existen otras dos fuentes de carácter secundario.

Los 114 capítulos o Suras del *Alcorán* (*el-kitab*, el libro) fueron revelados al Profeta en diferentes épocas y circunstancias. Por eso encierra principios contradictorios de imposible conciliación, y la regla exegética es que la regla posterior abroga (*uaskh*) la anterior. Esto estaría muy bien si se conociera qué regla es la anterior y cuál la posterior, cosa imposible si se atiende a que los compiladores, lo mismo bajo Abu-Bahr que bajo Ottimán, no tuvieron en cuenta el orden cronológico. Varios sabios europeos han obtenido resultados bastante satisfactorios en sus trabajos, pero, naturalmente, como no son creyentes, los musulmanes no los creen exactos.

La tradición o *Sunna* es un repertorio de hechos o manifestaciones del Profeta (*hadices*) que no figuran en el *Alcorán*.

La opinión unánime de los jurisconsultos musulmanes, la unanimidad (*iyamá*), algo parecido al *jus respondendi* de los romanos, es la tercera fuente del Derecho. La cuarta es la analogía (*kíyás*); se basa en las decisiones que emanan de las tres fuentes anteriores.

Con el intento de asegurar la primitiva pureza de los principios fundamentales de la Ley, se formaron cuatro escuelas jurídicas principales y una secta poderosa, los *Chiítas*, que constituyen un cisma.

El fundador del rito *hanefita* (Abu-Hanifa Neuman Ib-Tabib, nacido en Kufa el año 80 de la hégira) cree que la letra mata y el espíritu vivifica. Propendió a hacer uso de su razón, sin dejarse influenciar por la significación aparente de las palabras. Tiene cierta preeminencia, como rito más antiguo.

Málík ben Anas (nacido en Medina el año 94 de la hégira), por

el contrario. atribuye a los *hadices* gran importancia e interpreta el *Alcorán* con extremado rigor, por ajustarse a su contexto.

Mohamed ben Idris ech-Chafii (nacido en Ghazzah, Palestina, el año de 150), verdadero creador de la ciencia llamada *usul*, que tiene por objeto fijar las reglas con ayuda de las cuales se deducen del *Alcorán* y la *Sunna* las teorías generales del Derecho musulmán.

Abu Abd Allah Ahmed ben Hanbal (nacido en 164), discípulo del anterior, exagera los errores de Málík por circunstancias temporales. Las discusiones teológicas de su tiempo amenazaban dividir el islamismo y fué necesario volver en lo posible a la ley primitiva.

Estos ritos rigen, respectivamente: El *hanefita*, en el antiguo Imperio turco e India continental. El *malekita*, en parte de Egipto, en Marruecos, Argelia y Africa occidental; dominó en la España musulmana. El *xafeita*, en el resto de Egipto, Africa oriental, Arabia meridional y archipiélago indio. Y el *hanbalita*, en Mesopotamia, Siria y Palestina.

La divergencia entre chiitas y ortodoxos culmina en la doctrina de la Soberanía, o sea, si Alí debería ser o no el sucesor inmediato del Profeta, en calidad de Califa. Algunos europeos sostienen que también rechazan la *Sunna*. Dominan en Persia y en la India británica.

Por último, existen otras sectas disidentes, extendidas por la Arabia central. Oman, Zanzíbar, Sudán y el sur argelino.

El Derecho musulmán es revelado, de origen divino, y por tanto, inmutable, pero sólo en cierto modo, porque Mahoma afirmó que "*las leyes sólo cambian según las exigencias de los tiempos*". Por eso existen en el Islam poderes legislativos. Además, no deja de estar influido por el Derecho romano cristianizado, fruto de los conocimientos adquiridos por Mahoma como caravanero en sus relaciones con cristianos y judíos, y contiene un marcado espíritu social (el *azaque* o limosna legal que percibe el Estado y la distribuye, según la Sura IX, a "*los indigentes, a los pobres, a los que los recogen, a aquellos cuyos corazones han sido ganados para el Islamismo, al rescate de los esclavos, a los insolventes, a la causa de Dios y a los viajeros. Esto es obligatorio por Dios. Es sabio y prudente*").

Por último, es un Derecho individualista en el sentido de que no conoce la personalidad colectiva de la comunidad. Incluso los bienes *yemáa* no son bienes de propios (según nuestra típica distinción), sino más bien una especie de bienes comunales.

Todo sin perjuicio del Derecho consuetudinario que rige en todas aquellas tribus de Marruecos que no están arabizadas. De este Derecho (*isref*, costumbre) he de tratar en otra ocasión, pero ya sin la compañía grata del alcarreño, que se me esfuma en la noche africana, maravillosa, perfumada, de techo cuajado de estrellas que escoltan la luna más blanca que he conocido. No sería digno de haber estado en África, ni de referirme a algo árabe, sin incrustar alguna imagen poética.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad

MONGE BERNAL: *La novela del Abogado*.

En la Academia de Jurisprudencia, un predilecto profesor mío de la Universidad sevillana, D. Federico Castejón, ha pronunciado una conferencia notable, como todas las suyas, cuya parte principal ha dedicado a la exégesis y apología de *La novela del Abogado*, de Monge Bernal.

En dicha conferencia nos hemos dado cita muchos discípulos, amigos y paisanos de ambos maestros de la Universidad hispalense.

A uno de los concurrentes oí decir que, según los cánones de la Preceptiva literaria, al libro de Monge no se puede clasificar como autobiografía (dado el elogio permanente que el autor hace del protagonista), ni como novela (cuya sencilla trama sólo ocupa tres capítulos de la extensa obra), ni como anecdotario profesional (comparable con el de Ramón y Cajal o el de Ossorio y Gallardo), ni siquiera como ensayo al estilo orteguiano, ni como epistolario a la manera de Balmes, ni como diálogo socrático, que, abstracción hecha del fondo, tenía literariamente una forma primitiva y rudimentaria.

Tal crítica se puede atribuir a la audaz valentía con que Monge ha injertado una interesante trama novelesca—cuyos sentimientos me parecen perfectamente diseccionados—dentro de un libro densísimo, que, según confiesa su autor, es el resumen de los recuerdos y las observaciones de su vida profesional.

La Práctica Forense, aunque un tanto mixtificada, era una de las asignaturas más fundamentales que estudiábamos los que ya hace más de treinta años que salimos de la Universidad. Si de mí dependiera, la restablecería; pero con toda la pureza y el rigor de su denomina-

ción hoy olvidada. Y una vez restablecida esa asignatura tan necesaria, yo impondría como texto oficial de la misma en todas las Universidades españolas este libro en que Monge ha condensado maravillosamente no sólo la gran experiencia del medio siglo de su prestigioso bufete, sino, además, la de los otros cincuenta años anteriores del bufete de D. Manuel Laraña y del bufete de D. Ricardo Checa, a quienes el autor rinde merecido homenaje en el pórtico de su libro.

Con razón ha dicho D. Antonio Goicoechea en el prólogo que la condensación de tan larga experiencia será útil para los que ahora comienzan a ejercer la carrera, porque encontrarán en este libro un vivero de normas inspiradoras de su conducta profesional; pero, asimismo, ha de servirnos a los viejos para circunspeccionar la nuestra y para contrastarla con ese gran misticismo profesional que el autor no se limita a predicar, porque los que le conocemos bien sabemos que siempre ha sabido practicar tan austero sacerdocio.

Empezando por las romanas y acabando por las más incipientes disciplinas del Derecho arrendaticio, del laboral, del financiero, del económico y del social, bien puede afirmarse que a través de las quinientas páginas de la obra no queda ninguna institución jurídica que no reciba en la misma alguna pincelada garbosa en el fondo, justa en la expresión, acertada en el color y exacta en el tono, en el ritmo y en la luz.

Todas ellas, por su profundidad y por su gracejo contribuyen a revisar los prestigios de la toga, este regio manto negro tan honesto y tan abnegado que en la actualidad es de los pocos uniformes que no llevan bolsillos en sus pliegues ni botones en su pechera.

Sostuvo Robert—y nos lo ha recordado Goicoechea—que *“en realidad el literato y el abogado, aunque con diversidad de fines, suelen manejar asuntos idénticos”*. Bellísimas creaciones artísticas sobre argumentos judiciales encontramos, en efecto, en Sófocles, en Shakespeare, en Tolstoi, en Dostoiewski, en Lope, en Tirso, en Calderón, en Víctor Hugo, en Kleist, en Proust, en West, en Zweig, en Pereda, en Galdós, en Linares Rivas y en Benavente.

Por eso, recogiendo aquella crítica que en cuanto no es malintencionada me parece respetable, estimo que dentro de la obra de Monge hay que distinguir dos libros completamente autónomos. la novela de Rafael Vivar y un tratado de Etica en la Práctica Forense.

Tal vez sea cierto que en la primera la acción queda demasiado

reducida a los cinco personajes que en ella se mueven y tal vez sea también verdad que el desenlace es contradictorio, porque contra lo que era de esperar, Rafael acaba despreciando el cariño de Guadalupe tan frívolamente como Guadalupe había flirteado antes con el cariño de Rafael.

En cambio, el tratado de Práctica Forense es tan perfecto que a mis dos hijos abogados yo no les he recomendado que lo lean, sino que lo estudien hasta que queden bien penetrados de la cuádruple obligación (la positiva, la contraria, la subcontraria y la contradictoria) que a todos por igual nos impone la virtud cardinal de vivir honestamente dando a cada uno lo suyo y sin causar daño a nadie, a saber: 1.ª, la de hacer a los demás simple justicia; 2.ª, la de no cometer con los demás jamás la injusticia, prefiriendo sufrirla antes que cometerla; 3.ª, la de no cometer la injusticia ni siquiera con los que nos la hacen sufrir a nosotros, y 4.ª, la de evitar siempre que se pueda, incluso, la injusticia que los demás hagan sufrir a los demás, sin incidir por inhibición u omisión en el cobarde crimen de Pilatos.

ANTONIO M. LUNA

JOAQUÍN GARDE CASTILLO: *La "institución desconocida" en Derecho Internacional Privado.*—Madrid, 1947 —Instituto Editorial Reus.

Corren vientos de fronda para el Derecho internacional privado. La humanidad—con minúscula, porque ni siquiera merece los honores de una distinción—vuelve la espalda a la civilización y cae en una barbarie peor que la de los tiempos prehistóricos. Peor, porque ahora no tiene la disculpa de la ignorancia. Asistimos impasibles a verdaderas monstruosidades jurídicas, mejor dicho, antijurídicas, y somos incapaces de reaccionar colectivamente contra ellas. Cuanto más avanza la técnica, más retrocede el Derecho, y si éste roza cualquier aspecto internacional, el retroceso se convierte en desastre. La fuerza impera y el fin justifica los medios. Y qué medios y qué fin. Si al menos estuviere justificado.

Ante la falta de unidad de acción, las probabilidades de triunfo desaparecen. Sin embargo, las voces aisladas pueden ser el principio y el origen de una concentración de esfuerzos. Siempre la teoría, en Derecho internacional, precedió a la ley positiva. El estudio sereno y

tranquilo puede cambiar los rumbos en una coyuntura propicia. En espera de esta coyuntura, Garde se aísla en su laboratorio jurídico y prepara su tesis doctoral, desentendiéndose de un ambiente de locura colectiva.

Fija su atención en la imposibilidad de aplicar las instituciones extranjeras desconocidas en el ordenamiento a que el juzgador está sometido. Excepción de Savigny a su concepción universalista del Derecho internacional. Previamente, señala el concepto de la institución jurídica y se enfrenta con la dificultad de la calificación de la institución extranjera desconocida, destacando la diferencia entre la inaplicabilidad de la institución desconocida y el orden público internacional. La institución puede no chocar contra el concepto del orden público internacional; lo desconocido, simplemente por ser desconocido, no es inmoral ni tiene que producir, necesariamente, perturbaciones indeseables. Pero puede surgir la excepción de interés nacional, y rechazar la posibilidad de aplicación.

La cuestión preliminar (*Vorfrage*) y la teoría británica del *status* desconocido son examinadas por su íntima relación con el tema tratado.

Para Garde, la institución extranjera desconocida es absolutamente imposible de calificar dentro de los conceptos de *lex fori*. No queda otra solución que intentar en cada caso una calificación universal (mérito preconizado por Rabel). No es bastante el desconocimiento para decretar la inaplicabilidad, que sólo puede tener lugar en un solo caso: el de imposibilidad técnica de aplicación.

La territorialidad como principio fundamental del Derecho internacional ha avanzado y se ha extendido en proporciones desmesuradas desde hace treinta años. El autor lo reconoce, pero fija su postura decididamente antiterritorialista y termina señalando como estímulo al jurista español el recuerdo imperecedero de Vitoria y Suárez.

Obra bien presentada, por dentro y por fuera, con abundante bibliografía y certeras referencias a los textos legales y a la jurisprudencia, es recomendable al especialista en todo caso y al estudioso como excelente orientación y guía en los múltiples problemas que tan agudamente, con caracteres de angustia, se nos muestran en el campo internacional.

R. LLAMAS DE NUBIÓ y A. LLAMAS PÉREZ: *Ley de Arrendamientos urbanos*.—Librería Bosch, Barcelona.

De la primera parte de esta obra se publicó la resención en el número de diciembre último de esta REVISTA.

La continuación a que ahora nos referimos contiene, además de una introducción de los autores, un estudio preliminar dedicado al desenvolvimiento histórico de la propiedad urbana y a los antecedentes de la legislación española sobre este punto, desde el Código civil hasta los Decretos de 1931 a 1936.

Se inserta después el texto articulado de la nueva Ley de Arrendamientos urbanos, seguido de amplios comentarios sobre la misma.

Se comprenden también cinco apéndices. En el primero se contienen todas las disposiciones del Código y de la Ley de Enjuiciamiento civil que hacen relación a los arrendamientos, desahucios, juicios verbales e incidentes.

El segundo contiene el Decreto de 22 de septiembre de 1947 referente a la ciudad de Cádiz.

El tercero comprende el Decreto de 3 de octubre de 1947.

El cuarto, la Orden de 23 de octubre de 1947.

El quinto, de 25 del mismo mes y año.

Como ya expusimos en la resención referida, esta obra, como el folleto que la precede, es muy recomendable, por su carácter práctico, tanto para los técnicos como para los profanos en este aspecto del Derecho.

*Obras completas de D. Jerónimo González Martínez*.—Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil.—Tomo I.—Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia.—Madrid, 1948.

Conforme estaba anunciado, se ha impreso y repartido el tomo I de las obras mencionadas, que comprende: Nota editorial; prólogo del Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas; "La personalidad, la metodología y la obra de D. Jerónimo González"; los estudios de Derecho Hipotecario, y los principios hipotecarios.

Por tratarse de una iniciativa de REVISTA CRÍTICA, nos abstendremos de hacer comentario alguno.

LA REDACCIÓN