

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIII

Abril 1947

Núm. 227

**La titularidad registral de la mujer
casada en el nuevo Reglamento
Hipotecario**

SUMARIO: I. Facultad de disposición de los bienes del matrimonio en el Derecho romano.—II. Facultad de disposición de los bienes del matrimonio en el Derecho español antiguo y su evolución.—III. Doctrina del Código civil y su evolución en la jurisprudencia que inspira el nuevo Reglamento Hipotecario.

Considero de gran interés llamar la atención de los profesionales del Derecho, especialmente de Notarios y Registradores de la Propiedad, respecto a las disposiciones de los artículos 94 a 96 y 144 del nuevo Reglamento Hipotecario, que intentan resolver problemas qué reiteradamente han sido sometidos a la consideración del Centro Directivo y objeto de Resoluciones en número más que suficiente para asegurar existe una dirección determinada en el sistema patrimonial del matrimonio, que no puede pasar desapercibida.

Aunque a primera vista puede parecer atrevida la postura adoptada por el nuevo Reglamento, un examen detenido de la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros, así como del avance de la técnica jurídica en el concepto de la sociedad de gananciales, pone de relieve que los nuevos textos no hacen más que consagrar explícitamente lo que implícitamente estaba admitido y proclamar como norma registral lo que tímidamente estaba esbozado.

Claro es que el articulado se relaciona con las situaciones más normales dentro del matrimonio, dejando aparte aquellos casos objeto de regulación especial en las llamadas legislaciones forales. Incluso dentro del Derecho castellano, prescindiendo de los casos en que la mujer es menor de edad, esté separada legalmente del marido, ausencia de éste, etc. Es decir, que se atiende a la situación más normal del matrimonio castellano contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales, sin capitulaciones matrimoniales previas que desvían a otro campo la regulación jurídica de las mismas.

Como no es posible prescindir de que en nuestro Derecho coexisten preceptos de origen romano, derivados de una rigurosa separación de patrimonios, como el sistema dotal y los parafernales, con otros preceptos de ascendencia germánica o de puro carácter indígena, cual sucede con la sociedad de gananciales, creo también de interés un previo examen histórico, limitado casi totalmente al acopio de textos, para obtener una vista general de la evolución de las ideas relacionadas con la disposición de los bienes del matrimonio y de su reflejo en los distintos Cuerpos legales, aunque resulte monótona y pesada su lectura.

Por último, mi práctica profesional ha puesto de manifiesto que en el Derecho castellano moderno es casi general la vigencia del régimen de la sociedad de gananciales y a su lado, conviviendo con él, los bienes privativos del marido y los denominados parafernales de la mujer, sin que para éstos exista prueba de entrega documental al marido para su administración. Ella los adquiere y conserva el pleno dominio, pero la administración tácita la tiene el marido. La dote está olvidada.

Respecto a los bienes gananciales hay situaciones ambiguas, nacidas de la dificultad en la prueba de pertenencia exclusiva del dinero de la adquisición y de las afirmaciones del marido que tienden a incluirlos en el patrimonio propio de la mujer. Esta situación ambigua pretende eliminarla el nuevo Reglamento, determinando que la facultad dispositiva corresponde al titular, aunque fuere mujer casada, interviniendo el marido para prestar su licencia o conceder su consentimiento, según se tratare de bienes parafernales o dotales o de bienes gananciales puros o presuntivamente gananciales.

I. FACULTAD DE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO.

La organización económicofamiliar de la Roma primitiva no permitía patrimonios separados y distintos del patrimonio común (1). En los primeros siglos, el Estado permanece extraño a los negocios domésticos, y la mujer casada, sometida al poder paterno o sometida a la *manus*, no tuvo facultades dispositivas, porque todas las absorbía el *pater familias*. Si llegaba a ser *sui juris*, la tutela perpetua impedía las enajenaciones sin la asistencia, *auctoritas*, del tutor (2).

Por el matrimonio *in manus mariti*, entraba la mujer en poder del marido, separándose totalmente de la comunidad familiar de origen. No mejoraba de condición. Simplemente, cambiaba de familia. En la de origen, era una hija, y en su nueva familia, seguía siendo una hija (*filiae loco*); Gayo insiste en que "por cualquier causa que la mujer entre en poder del marido, está determinado que adquiere los derechos de hija" (3).

Como indemnización de los bienes que pudiera adquirir en el futuro en su familia natural, y para ayudar al marido a soportar las cargas matrimoniales, se entregaba un cuerpo de bienes, la dote romana, que se transfería al marido, más bien que en pleno dominio, con facultades de disposición mientras dura el matrimonio. Como dice Sohm (4), aunque la dote sea formalmente del marido, de hecho pertenece a la mujer; es *rex uxoria*. Paulo cree que "La causa de la dote es perpetua y con el consentimiento del que la da se contrae de modo, que siempre esté en poder del marido. Interesa a la República, que las mujeres tengan a salvo la dote, por la cual pueden casarse" (5), y para Ulpiano, "Sugiere la equidad que debe pertenecer al marido el fruto de la dote; porque soportando él las cargas del matrimonio, es justo que también perciba los frutos" (6).

(1) Mayr: *Historia del Derecho romano*, t. I, págs. 151 y 175; t. II, página 15. Labor, 2.^a ed.—Sohm: *Instituciones de Derecho privado romano*, página 463. 1936.

(2) Petit: *Tratado elemental de Derecho romano*, pág. 365. Calleja.

(3) *Instituciones*, I, 111, 114 y 115.

(4) Ob. cit., págs 476 y 481.

(5) *Digesto*, lib. XXIII, tit. III, «de jure dotium», leyes 1 y 2.

(6) *Digesto*, lib. XXIII, tit. I, L, 7.

Esta férrea organización matrimonial fué suavizándose con el tiempo, según fenómeno natural en la mayor parte de las Instituciones humanas, y aparece, aunque se ignora cuándo, el matrimonio *sine manu*, el matrimonio libre. Ya en tiempo de las XII Tablas coexisten ambas clases de matrimonios. El jefe de la familia o el tutor agnado, deciden si la mujer al casarse ha de constituirse o no *in manu mariti*; en este último caso rigen los acuerdos que se hayan tomado con el marido o su jefe (1).

En el matrimonio libre, la mujer adquiría para sí o para su anterior *pater familias*. Según Sohm (2), goza de la misma capacidad que el marido para adquirir u obligarse y para la libre disposición de su patrimonio. Rige el principio de la separación absoluta de bienes (3).

El deseo de independencia de la mujer y la relajación de costumbres, indujo a una mayor libertad, hasta convertirse en libertad total. En el siglo III del Imperio, ha desaparecido el matrimonio *in manu* (4), y la tutela perpetua fué debilitándose, hasta que el Emperador Claudio (*Lex Claudia*) abolió la tutela agnática (5). Eran conocidos los bienes parafernales.

Sobre estos bienes no tienen los maridos más derechos que los concedidos expresamente por sus mujeres, aun cuando al principio hubiere cierta confusión por el concepto romano de la dote. Así, Ulpiano (6) dice: "Pero si se dieran en dote bienes que los griegos dicen *parafernales* (dados fuera de la dote), y que los galos llaman peculio, veamos, ¿acaso se hacen del marido inmediatamente? Y yo opinaría que si se dieran de modo que se hagan, se hacen del marido; y que cuando se hubiere disuelto el matrimonio conviene que no se reivindiquen, sino que sean reclamados por la *condiccion*, y que no sean pedidos por la acción de dote". Pero, más adelante, los Emperadores Teodosio y Valentíniano, ordenan a Hormisda, prefecto del Pretorio: "Mandamos por esta ley que en los bienes que tiene la mujer independientemente de la dote, a

(1) Pastor y Alvira: *Manual de Derecho romano*, pág. 279. 1888. segunda edición.

(2) Ob. cit., pág. 473.

(3) *Digesto*, lib. XIX, tít. V, ley 12.—Prólogo: «Si el marido vendió a su mujer unos fundos...»

(4) Sohm: Ob. cit., pág. 468.

(5) Petit: Ob. cit.—Sohm: Ob. cit., pág. 497.

(6) *Digesto*, lib. XXIII, tit. III, ley 9, párrafo 3.^º

íos cuales llaman parafernales los griegos, no tenga el marido ninguna comunidad, prohibiéndola la mujer, ni le imponga a ésta ninguna obligación ; no queremos de ningún modo que prohibiéndolo la mujer, se inmiscuya el marido en los bienes parafernales" (1).

En razón de este régimen de separación de bienes, ya fueron posibles las donaciones entre cónyuges, inconcebibles en los primeros tiempos en que la mujer no podía donar al marido porque nada le pertenecía, ni el marido a su mujer, porque sería tanto como donarse a sí mismo, una vez que todo lo adquirido por la mujer pertenecía al marido (2). Pero muchos debieron ser los abusos de estas donaciones, cuando fué precisa la prohibición absoluta (3), por razones bien explícitas en los textos romanos; según Ulpiano, se fundó en "la conveniencia de que por su mutuo amor no se despojen de sus bienes" (4), y Paulo creía "que podía introducirse un germen de corrupción, de venalidad o de disturbios en los matrimonios" (5).

Esta prohibición absoluta, se mitigó posteriormente al establecerse que el cónyuge donante podía revocar la donación cuando quisiera, pero si moría sin haberla revocado, era válida (6). Como existió un fuerte temor de que hubiere en la mujer "una torpe ganancia", se introdujo la *praesumptio Muciana* (7), por la que, según Pomponio, "Dice Quinto Mucio que cuando vino a controversia, de donde haya ido a poder de la mujer alguna cosa, es más verdadero y más honesto, que lo que no se demuestre de donde lo tenga, se considere que fué a poder de ella, de su marido o de quien bajo la potestad de él estuviese". Pero parece que Quinto Mucio aprobó esto para evitar, respecto de la mujer, una torpe ganancia".

Difícil o muy fácil debía de ser esa prueba en aquellos tiempos de documentos poco fehacientes o testigos poco veraces, y mucho más

(1) Código, lib. V, tít. XIV, ley 8.

(2) Savigny: *Sistema de Derecho romano*, t. III, pág. 113. 2.^a edic.—Gómez de la Serna: *Curso de Derecho romano*, t. I, págs. 441 y sigs. 5.^a edición.

(3) *Digesto*, lib. XXIV, tit. I, ley 3, párrafo 10.

(4) *Digesto*, lib. XXIV, tit. I, leyes 1 y 5.

(5) *Digesto*, lib. XXIV, tit. I, ley 2.

(6) *Digesto*, lib. XXIV, tit. I, ley 32, párrafos 2.^o y 13, y Código, libro V, tít. X, VI, ley 6.

(7) *Digesto*, lib. XXIV, tit. I, ley 51, reiterada en el Código, lib. V, título XVI, ley 6.

cuando el marido disponía a su antojo de los bienes de su mujer, bien por reminiscencias del poder omnímodo primitivo o bien por la repugnancia de que la mujer se exhibiese demasiado al contratar (1).

La reacción de la mujer, que la llevó a procurarse una independencia absoluta, probablemente irreflexiva, motivó disposiciones de protección, tales como el Senadoconsulto Veleyan, dictado, según Ulpiano (2), "... porque la mujer más fácilmente se obliga que hace donación a otro", y alabando al Senado, "porque prestó auxilio a las mujeres seducidas y engañadas en muchos casos semejantes por la debilidad de su sexo". Igualmente, la Lex Julia (3) de *fundo dotali*, obedeció a motivos similares:

En los textos del *Corpus juris civilis*, encontramos muchos que demuestran cómo las mismas mujeres o sus maridos, con consentimiento de aquéllas o sin él, disponían de los bienes de mujeres casadas. Entre ellos, se pueden citar los siguientes (4):

Digesto, libro XVI, título I, ley 2 Paulo: "Si como para sus propios usos *hubiere tomado la mujer* dinero para prestárselo a otro, no tiene lugar el Senadoconsulto (Veleyan); de otro modo, *nadie contratará con las mujeres*, porque puede ignorarse qué hayan de hacer".

Idem, id., id., ley 27, Papiniano. "El que de buena fe atendió, al contratar, *a la persona de la mujer*, por razón de lo que, habiéndose recibido dinero, se trató entre el marido y la mujer, no es repelido con la excepción del Senadoconsulto", párrafo 2.^º; "La mujer delegó para su marido a una deudora suya, para que el marido pagase el dinero a un acreedor de él; si para su marido hubiere obligado su palabra a favor de aquella a quien delegó, no tendrá lugar la excepción del Senadoconsulto, porque *la mujer fué gestora de su propio negocio*".

Idem, id., id., ley 32, Pomponio, párrafo 2.^º "Asimismo, *si la mujer vendió un fundo* a un acreedor de su marido, y lo entregó con esta condición, que el comprador diese al marido el dinero recibido..."

Código, libro IV, título XII, ley I, Diocleciano y Maximiano, Augustos, a Asclepiodota. "En vano disputas respecto a los contratos celebrados con tu marido, si habrían de ser o no válidos en derecho,

(1) Novelas: Constitución XLVIII.

(2) Digesto, lib. XVI, tít. I, leyes 4, párrafo 2.^º, y 2.^a

(3) Dictada bajo el imperio de Augusto.

(4) La traducción de estos textos está ajustada a la obra de García del Corral, Barcelona, 1898. Cuerpo del Derecho civil romano, a doble texto.

porque te basta que no hayas celebrado ningún contrato en tu propio nombre para que no puedas ser demandada en lugar de tu marido ”

Idem, id., id., ley 3, los mismos a Carpofo. “ porque es sabido que tampoco puede ser demandado el marido por obligación de su mujer, si él no se obligó por ella. Pues es muy cierto que nadie se obliga por contrato de otro ”.

Idem, id., título XXIX, leyes 5, 7 y 10. El Emperador Alejandro, Augusto, a Popilia: “Si cosas tuyas fueren dadas en prenda por tu marido sin tu voluntad, no quedan obligadas Mas si prestaste tu aquiescencia para que tu marido obligase como suyas las cosas ”. El Emperador Gordiano, Augusto, a Viviano. “Si sabiendo el acreedor que por el marido se obligaba por causa de una deuda propia un fundo de su mujer, aunque consintiéndolo ésta ” El Emperador Filipo, Augusto, y Filipo, César, a Trifona. “Si tu adversario hizo el negocio, no con tu marido, sino contigo . ”

Idem, libro V, título XV, ley 11. El Emperador Justiniano, Augusto, a Juan, prefecto del Pretorio. “ Porque antes, tenga la misma mujer facultad, si quisiere, para promover las mismas acciones, ya valiéndose de su marido, ya por medio de otras personas, para percibir sus propias cantidades ”

Y, por último, la mayor prohibición absoluta, del libro V del Código, título XIII. Auténtica de aequalitate dotis. Quia vero iam (nov: 97, c. 5), párrafo 15. “Y como la ley Julia prohibía que, no consintiéndola la mujer, se hiciera por el marido la enajenación de un fundo dotal itálico, y su hipoteca aun si la mujer consentía Porque aunque la ley Anastasia habla de las mujeres que prestan su consentimiento o que renuncian a su derecho, debe ser, sin embargo, entendida respecto a los bienes del marido o ciertamente respecto a los estimados de la dote, en los que son del marido el dominio y el riesgo. Pero respecto al fundo inestimado, que propiamente es llamado también dotal, permanezca intacto el derecho, ciertamente imperfecto, según la ley Julia, pero pleno por virtud de nuestra Autoridad: y extendido a todas las tierras y no únicamente limitado a las de Italia y a la sola hipoteca ” (1).

De los textos citados se saca, en consecuencia, no sólo como se van

(1) Reiterada en las *Instituciones*, lib. II, tit. VIII: «... para que la fragilidad del sexo femenino no redunde en perjuicio de los bienes de ellas.»

perfilando con mayor claridad las instituciones jurídicas, sino la confusión existente en cuanto las facultades del marido y de la mujer respecto los bienes de la mujer casada. Al parecer, el marido disponía, con el consentimiento o sin él, de los bienes de su mujer, y la mujer, a su vez, disponía, sin necesitar el consentimiento del marido. Sin embargo, no se puede hacer afirmación tan absoluta, porque aun en embrión, aparece este consentimiento en un texto digno de mención para el objeto de este estudio. Tal es, en el Código, libro V, título XII, la ley 23. "Si tu mujer vendió un predio dotal, no importa haya celebrado el contrato espontáneamente o no, porque de ningún modo te habrá podido quitar, *no queriéndolo tú*, el dominio de la cosa adquirida para ti". Según este texto, si el predio dotal fuere inestimado, tendríamos el germen de una licencia marital, y si fuere estimado, veríamos que la mujer, con el consentimiento del marido (*queriéndolo tú*), podía vender bienes del marido.

En resumen (1), en Derecho romano, tenemos: 1.^º Disposición de los bienes propios, por el marido o por la mujer, de acuerdo con el régimen de separación de bienes. 2.^º Disposición por el marido de los bienes de su mujer, con el consentimiento de ésta o sin él. 3.^º Acaso, disposición por la mujer de bienes del marido, con el consentimiento de éste. 4.^º Posible disposición por la mujer, respecto sus bienes dota-

(1) Según Sánchez Román, *Estudios*, 5.^º, vol. I, 2.^a edic., la mujer en Egipto tenía patrimonio propio, bajo su libre disposición, casada o no. El marido no tenía intervención alguna; ella contrataba por sí, hasta que el rey griego Ptolomeo Filopator introdujo la licencia marital. En la India, la mujer tenía incapacidad civil perpetua, sometida en todo a la autoridad marital. En Arabia y Derecho musulmán regía una dote estilo germano; el sistema matrimonial era de separación de bienes; se disponía de la dote por la mujer sin autorización alguna, salvo a título gratuito, que en algunos casos el marido podía reducirla o anularla. En Grecia el sistema era similar al romano. Los Longobardos, Escandinavos y Anglonormandos autorizaban al marido a enajenar bienes conyugales, incluso con la oposición de la mujer; otros pueblos germanos la reservan la enajenación con autorización marital y la garantía de intervención de un pariente, para evitar la coacción y el fraude. En Inglaterra había tres situaciones; en la primera, o de unidad de persona, la mujer estaba desprovista de todo derecho y los inmuebles no podían enajenarse ni aun con consentimiento conjunto; en la segunda había un régimen de estipulaciones matrimoniales, con toda la gama de sistemas y autorizaciones y reservas, o libre disposición por la mujer; en la tercera la libertad de la mujer es casi absoluta.

les inestimados, con licencia del marido. 5.^o Presunción de que los bienes adquiridos por la mujer, sin demostrar su procedencia, pertenecen al marido.

II. FACULTAD DE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO Y SU EVOLUCIÓN.

Al asomarnos al Derecho español, contemplamos un panorama muy distinto.

Las instituciones indígenas, nacidas de la costumbre, se ligan con el Derecho romano impuesto por los dominadores, y le deforman por la necesidad de adaptarle a las condiciones peculiares a que aquéllas atendían.

España fué una provincia romana, pero los bronces y piedras con inscripciones e incluso el código Teodosiano, no son suficientes para perfilar el Derecho llamado romano vulgar.

En el siglo V, la invasión de los visigodos introduce el Derecho germánico, y modela el Estado con caracteres de Nación. Respetan el derecho de los vencidos y aun le codifican, pero al mismo tiempo escriben el suyo, que hasta entonces se manifestaba por la costumbre. Aparece la legislación personalista, de castas; cada persona se rige por su derecho de raza.

Pero hay influencias mutuas de ambos derechos, y al pasar la costumbre indígena y germánica a la ley visigoda, los monarcas godos, influídos por el Derecho romano y canónico, la alteran y deforman e intentan desterrarla. El Código de Eurico, el más antiguo de los germánicos, tiene influencias romanas y helénísticas: no en balde hicieron su correría los germanos por regiones propicias al contagio. Asimismo, el Breviario de Aniano, que pretende contener la legislación de los hispanorromanos, recibe alguna inspiración, aunque en cuantía menor, del Derecho germánico.

Superada esta legislación personalista por la de carácter territorial, aplicable a godos y a hispanorromanos, mediante el *Liber judiciorum* (anterior a 1020), promulgado por Recesvinto y revisado por Ervigio, no puede afirmarse que con ello se consiguiera la unidad en el Derecho. Por el contrario, se afirma que no tuvo gran éxito la tentativa, por las hondas raíces del Derecho consuetudinario germánico en el país, que florece con singular energía en los fueros municipales, principal-

mente en León, Castilla y Portugal, mientras Cataluña acepta el Derecho franco. Sin embargo, el *Liber judiciorum* fué utilizado y traducido al castellano en la baja Edad Media, bajo el nombre de Fuero Juzgo. Pero hay diferencias apreciables entre el texto latino y el texto romanceado.

En discordancia con el sistema matrimonial romano de la separación de bienes y la dote, existen las arras o dote del varón, y la ley 16, título II, libro IV, del *Liber judiciorum* (ley 17, del mismo título, del Fuero Juzgo) instituye los bienes gananciales, bien como creación cristiana, relacionada con una carta de San Agustín, según opina Mingijón (1), bien como producto de la unión de elementos iberocélticos con elementos germanos, según cree Castán (2), o como institución particularmente germánica, a juicio de Hinojosa (3) y de Beneyto (4), que siguen a Brunner (5). Para Wolff (6), la potestad del marido alcanzó tanto a la persona de la mujer como a la administración de los bienes en el Derecho germánico más antiguo, pero de los inmuebles de la mujer sólo dispone con asentimiento de ella, aunque hay quien sostiene que también el marido tenía la libre disposición de los bienes de la mujer. Más tarde se aplicaba frecuentemente la regla "los bienes de la mujer no deben aumentar ni disminuir", aun cuando ya existía en el Derecho franco y ripuario la comunidad de ganancias, fundada en la concesión a la mujer, en concepto de Morgengabe (donación de la mañana), de una cuota de las futuras ganancias conyugales. El sistema evolucionó a una comunidad general de bienes, hasta la recepción del Derecho romano.

No hay discrepancia entre los cultivadores de la historia del Derecho respecto a la dote del varón, considerada como costumbre indígena española (7), a la que prestaron apoyo las instituciones germánicas de la Morgengabe y el Wittum (viudedad), también llamado dos. En nuestro Derecho, esta dote más bien es conocida por el nombre de arras.

(1) *Historia del Derecho español*, pág. 140. 2.^a edic. Labor.

(2) *Derecho Civil. Notarías*, t. II, pág. 234. 1939.

(3) *El elemento germánico en el Derecho español*, págs. 13 y 20. 1915.

(4) *Instituciones de Derecho histórico español*, t. I, pág. 101. 1930.

(5) *Historia del Derecho germánico*, pág. 230. Labor, 1936.

(6) Enneccerus: *Tratado de Derecho civil*, t. IV, I, pág. 262.

(7) Strabón: *Geografía*. Por lo menos antes de Jesucristo, el hombre dotaba a la mujer. Lib. III, párrafo, 280, pág. 180. Antonio García Bellido. Espejo-Calpe.

En la ley citada del Fuero Juzgo, cada cónyuge adquiere las ganancias en proporción a su haber propio, salvo pacto en contrario: “ si alguno dellos fuere mas rico que el otro, de su buena e de todas las cosas que acreceren e ganaren en uno, tanto deve aver *demas en aquello que ganaron en uno, quanto avie demas del otro en su buena..* cada uno depues de la muerte del otro, e puedelo dexar a sus fiios, o a sus propinquos, o a otri si quisieren. E de las cosas que ganaron, *de que fizieron amos scripto, aya cada uno tal partido cuemo dixiere el scripto.* E si el marido gānare alguna cosa de algun omne estranno o en hueste (1), o quel de el rey o su sennor, o sus amigos, devenlo aver sus fiios o sus herederos despues de su muerte, o *puede fazer dello lo que quisiere. E otrosi dezimos de las mugieres*” (2).

Respecto las arras, la ley 6.^a antigua, título I, libro III del mismo Fuero, ordena que el marido a la mujer, “siquier sea virgen, sequier viuda, non le puede dar mas por arras de la decima parte de todas sus cosas . , assi que de todas estas cosas *la mugier puede fazer lo que quisiere si fiios non oviere*” (3).

En cuanto a donaciones, la misma ley 6.^a establece què “si el marido despues que un anno oviere que es casado, por amor o por grado quisier dar alguna cosa a la mugier, puedelo fazer libremente”. Y la ley 4.^a, título II, libro V del referido Fuero, dice: “Si la mugier recibir alguna donacion de su marido sin las arras, si fiios oviere deste marido, la mugier lo deve aver fasta su muerte, segund cuemo mandare el marido, e avra los fructos, e *despendra segund cuemo el mandare.* E de la quinta parte daquello quel dio, el marido puede fazer lo que quisiere, e despues de su muerte todo lo al finque a sus fiios. *E duquelle cosa non puede enaienar la mugier nada si non cuemo es de suso dicho.* E si non oviere fiios daquel marido, *puede fazer lo que quisiere daquello quel dio el*

(1) La ley 16 que la antecede confirma: «La mugier non deve aver nada de lo que gana el marido con los siervos della..., en hueste...» La doctrina de los bienes privativos está recogida en la ley 2, tít. IV, lib. X, de la Novísima Recopilación de 1805.

(2) El texto de esta ley y de las siguientes, tomado de los códigos españoles. *La Publicidad.* Rivadeneyra, 1847. Ver ley 2, tit. IV, lib. X, de la Novísima Recopilación.

(3) Confirmada por la ley 1, tit. V, lib. V, del Fuero (2.^a de igual título del Liber) y por la ley 1, tit. I, lib. V, del Fuero Viejo de Castilla, y las leyes 1 y 2, tit. II, lib. III, del Fuero Real. Ver Bunner: ob. cit., pág. 230, como similar.

marido. E si la muier murir sin fabla (*sin testamento*), hy el marido fincare bivo, aquella donacion deve tornar al marido. E si el marido es muerto, torne en los herederos del marido Otrosi mandamos guardar de lo que dieren las muieres a los maridos" (1).

Igualmente, conforme la ley 6.", título III, libro II, "las muieres non devén ser personeras dotri, mas bien pueden razonar por su pleyto Ni el marido non puede traer el pleyto de la muier *sin su mandado della*". Aun cuando la ley 12, título IV, libro II, ordenaba que "El ninno o la ninna pues que ovieren cumplidos 13 annos, mandamos que puedan ser testimonias en todo pleyto" (2).

Según se ha visto, hay disposiciones en el *Liber judiciorum*, anterior a 1020, respecto gananciales (aun cuando en proporción al haber propio, lo que no prosperó después, por generalizarse como cuota la mitad de bienes); bienes privativos de cada cónyuge, perfectamente diferenciados; arras, tanto en cuanto al importe como a su disposición por la mujer, como *mandare* el marido; donaciones, anteriores o posteriores al matrimonio, y disposición de los bienes que comprendían; y autorización de la mujer al marido para pleitcar. Ciento es que sin precisión, pero con relativa claridad.

Trabajosamente, los cuerpos legales posteriores fueron perfilando esta doctrina, modificándola algunas veces los fueros municipales, porque circunstancias de lugar y tiempo tenían influencia decisiva, pero siempre con un vigor que supone una costumbre inicial que se sobrepone incluso a intentos de unidad legislativa, inspirados en doctrinas extrañas, como sucedió con las Partidas. Se demuestra por ser recogidas estas leyes en las recopiladas, prescindiendo de las Partidas, a pesar de que éstas tenían el mayor predicamento entre los juristas y se intentaron imponer en disposiciones legislativas expresas (3).

Es curioso observar en el Fuero de Sepúlveda (año 1076) el precedente más concreto respecto licencia marital y consentimiento de la mujer al marido, en el título 64, que dice: "Otro si, toda muger casada, o manceba en cabello (*soltera*), o vibda, que morare con padre,

(1) Ver leyes 50 y 51 de Toro: según esta última, las arras de la mujer van al heredero y no al marido, si no dispone de ellas.

(2) Ver leyes 4, tít. X, lib. I, Fuero Real, y 55 de Toro.

(3) Galo Sánchez: *Curso de Historia del Derecho*, pág. 218. Reus, 1940. Minguijón: Ob. cit., pág. 88.—Román Riaza: «El Derecho romano y el Derecho de Castilla durante el siglo XVIII», en *REVISTA CRÍTICA*, pág. 550. 1930.

o con madre, o con pariente en su casa, non aya poder de adebdar ninguna debda mas de fata un maravedi, *nin de vender*, seyendo de seso, si non fuer *con placenteria* del pariente con qui morare (1). Otro si, toda debda que marido con su muger ficiere, si alguno dellos muriere, *pechenlo por meetad*, e si amos murieren, paguenlo aquellos que ovieren de heredar. Otro si todo omne que muger oviere, *non aya poder el marido de vender rayz de su muger si a ella non ploguiere.*" En esta ley aparece la mitad de gananciales, referida a las deudas (2).

Sin embargo, el Fuero de Salamanca (también anterior a 1100) vacila más y prefiere una actuación conjunta, en el párrafo 208: "De undade de marido e muler. Quanto marido e mujer fezieren en fu falude, todo fea firme" (3). Este Fuero, además, introduce la viudedad en usufructo, en el párrafo 206 (4): "Dela uilujdade de la uilda-Efta fea la uildujdade: una tierra de III kafizef fembradura en baruecho, e una cafa, e una arancada de uina, e una uez de azenia, e I yogo de buef, e I afno, e I lecho con una guenabe, e I lichero, e I fieltro, e II fauanaf, II cabezalef, efpetof, mefa, escudielaf, uafof, cucharef quantaf ouieren de madero, efcanonf, cedacof, archaf, badil, calderaf, fcamielof, criuaf, e una carral de XXX medidaf. Todo efto, quando lo ouieren de confuno, tome lo entrego (*entero*); e aquelo que fore de parte del marido, tome el medio; e aquelo que non ouieren de feuno ne de parte del marido, non lelo den. E de todo efto, qual ela quefier. *E no lo uenda ne lo done.* E si marido tomar, doble efto que tomar. E si moriere, qual axaren, de tal tomen parentes del muerto fu parte."

Más explícito, el Fuero de Soria (año 1109), que inspiró en parte al Fuero Real, y que, a su vez, se inspiró en el de Cuenca, repite leyes de otros Fueros anteriores, pero más técnicamente y con mayor precisión en las materias de que trata. Así lo vemos en los párrafos relativos a bienes gananciales, privativos, donaciones, arras y efectos de

(1) El Fuero de Molina de 1139, según Martínez Marina, en su *Ensayo históricocritico*, t. I, pág. 288, 1834, insiste en que «la mugier que fuere maridada non aya poder de empennar nin de vender *sin mandamiento* de su marido».

(2) Fuero de Sepúlveda. Lic. Juan de la Reguera Valdelomar, 1798.

(3) Palabras enigmáticas, de difícil interpretación. Minguijón, en la obra citada, pág. 142, cree que la costumbre establecía que ambos cónyuges otorgasen los contratos conjuntamente.

(4) El Fuero de Ledesma de 1148 repite, en sus párrafos 133 y 134, los citados 206 y 208 del de Salamanca.

contratos con la mujer casada sin consentimiento o licencia (*otorgamiento*, dice el Fuero) de su marido. Sus disposiciones son las siguientes (1):

En el párrafo 297, exige el consentimiento de los herederos, doctrina original, que no prosperó, "En uida nj en muerte el marido non pueda dar nijn mandar a fu mugier njnguna cofa, nijn la mugier al marido, *los herederos non queriendo o non fabiendo lo*, faluo fi gelo diere por tuerto quel touiere, como fi lo deferedo de lo fuyo y fuere tabido por uerdat. Si enganno fa mjentre gelo diere o gelo mandare, que non uala. Otroffi aquello quel diere ante que cafare con ella, feal firme y eftable, que non gelo puedan toller nj embargar fus fijos nijn fus herederof del".

En cambio, existe una noción, aunque confusa, de la sociedad de gananciales como distinta de las personas del marido y la mujer, así como reglas que se repiten insistentemente hasta las Leyes Recopiladas. Así, en el párrafo 334 se ordena: "Toda cofa que el marido y la mugier *ganaren o compraren de confuno, ayan lo amos por medio*. Et fi fuere donadio de rey y lo diere a amof por medio; et fi lo diere al uno, aya lo folo aquel a q uien lo diere" (2).

Párrafo 335: "Sj el marido alguna cofa ganare de herencia de padre o dotro parient o de donnadio de fennor o de amigo, *aya lo todo quanto ganare por fuyo*. Et fi fuere en hueste, maguer que reciba foldada del rey o de fennor, fi beftiaf o armaf o otra cofa alguna leuare a cueftas de amof, quanto ganare defta guifa fea del marido y de la mugier. Et efto que es fobredicho de laf gananciaf de los maridos, *effo mifmo fea de las mugières*" (3).

Párrafo 341: "Sj el marido o la mugier por alguna occpcion se ouieren a partir *partan entreffi equal mjentre quanto en uno ganaron*

(1) Fueros Leoneses y Castellanos. Centro de Estudios Históricos, 1916 y 1919. Edición y estudios de Américo Castro, Federico de Onís y Galo Sánchez.

(2) El Fuero de Alcalá, anterior a 1125, en el párrafo 66, reitera: «Toda bona, de mueble o de raíz, que ganaren o compraren marido o mulier, por medio lo partan.» Los dispuesto en el Fuero de Soria se copia en el Fuero Real, lib. IIII, tít. III, ley 1; en las Ordenanzas Reales de Castilla, lib. V, título IV, ley 1, y en la Novísima Recopilación, leyes 1 y 5, tít. IV, lib. X.

(3) Ver ley 2, tít. III, lib. III, del Fuero Real; ley 2, tít. IV, lib. V, de las Ordenanzas Reales de Castilla, y ley 2, tít. IV, lib. X, de la Novísima Recopilación.

et non al; et partan toda la buena que amos en uno fizieron en la rayz del otro. Et depuef que el uno daquellos que en vida fueron partidof finare, el que uifquiere non aya njnguna cofa del muerto. Et si unjat ouieren hecho, non vala” (1).

Párrafo 343. “Sj eftando el marido con la mugier camiaren heredat que fea del uno dellof con otro, los efquimos daquella heredat que fuere camjada ayan los por medio, y la heredat ffea daquel cuya era la otra por que fue fecha el camjo. Otroffi dieren heredat del uno dellof y dineros de maf, quier pocos, quier muchos, por heredat dotro, aquel que non auje njnguna cofa en la heredat primera aya enla otra heredat que recibieron en camjo tanto quanto montare la meatad de los dineros que fueron dados de maf sobre la heredat, y todo lo otro, ffea daquel cuya heredat fuere dada en camjo; y los efquimos de toda la heredat ayan lo amos por meatad. Otroffi fi eftando en uno uendieren heredat que ffea del uno dellof (2) y del precio de effa mifma heredat compraren circa, los efquimos della fean de amos communal mjentre, y la heredat ffea dada aquel de cuya heredat fue fecha la compra.”

Párrafo 400: “Sj el marido ffiziere debda o ffiadura defpues que el y su mugier ffueren ayuntados por cafamjento y oueren tomado bendiciones, do quier que la faga paquenla de confouno. Et si el uno dellof muriere ante que la debda ffea pagada, el que fincare biuo pague la meytad, y los herederos del muerto paguen la otra meytad. Et si la mugier ffiziere debda o ffiadura *fin otorgamjento de su marido*, ella nijn fus bienes non ffean tenjdos por tal fiadura, faluo en aquella quifa que mando el ffuero de los emplazamientos. Et si ante que ffueffen ayuntados por cafamjento alguno dellos ffizo debda o ffiadura, paguela aquel que la ffizo; y ellotro nj fus bienes non ffean tenjdos de paguar la.”

Más gráficamente, el Fuero de Alcalá, en el párrafo 65, establece: “Mulier maridada de Alcalá o de so termino qui alguna cosa fiare ad alguno ome, o mandare fiar, nol preste; e venga so marido e *del una telada e escase de la fiadura*” (3)

(1) Ver ley 5, tít. IV, lib. X, de la Novísima Recopilación.

(2) Parece en este párrafo que la venta se hacía conjuntamente por marido y mujer.

(3) Relacionada estrechamente con la ley de la *pescozada* del Fuero Viejo, que luego se transcribe, establecida en las Cortes de Nájera por Alfonso VII. Ver Martínez Marina: Ob. cit., pág. 288.

Aun cuando al Fuero Viejo de Castiella (de 1181) comúnmente se le ha atribuído carácter nobiliario, lo cierto es que contiene prescripciones no aplicables a las clases privilegiadas (1). Fué obra anónima, sin autoridad oficial y que recoge desordenadamente el Derecho territorial castellano, en parte no escrito aún. Acaso sea más antiguo de lo que se pretende o más moderno que de la época de Pedro I, en que, al parecer, fué ordenado. Para el objeto de este estudio tiene gran interés, porque terminantemente fija el poder de disposición del marido sobre los bienes gananciales y sobre los bienes privativos de la mujer, aun sin consentimiento de ella, así como establece para la mujer prohibición de enajenar sus arras, comprar fincas, salir fiadora o contraer deudas sin consentimiento (*otorgamiento*) del marido. Esta doctrina, más o menos modificada, no sólo pasó a las Leyes Recopiladas, sino incluso sirve de precedente a la doctrina actual. Al no recoger la presunción Muciana, o de que todos los bienes del matrimonio se consideran del marido o donados por éste, salvo prueba en contrario, se indica el escaso influjo que entonces tenía el Derecho romano, aun cuando era imposible evitar alguna infiltración.

En el libro V, título I del Fuero Viejo de Castilla, leemos los párrafos siguientes:

"I. Esto es Fuero de Castiella: Que todo Fijodalgo puede dar a sua muger en arras el tercio del eredamiento que a; e si ella ficer buena vida despues de la muerte del marido, non casando, deve tener estas arras en toda sua vida, placiendo a los erederos *e non las pueda ella vender, nin enagenar en todos suos dias.* e quando el marido murier, puede ella lever. . *la meitad de todas las ganancias que ganaron en uno.*"

"VII. Esto es Fuero de Castiella: Que si el marido vende algund eredamiento, que es de sua muger, si el mesmo conoce ante testigos iogados, que deste auer que ouo desde mesma eredat, que vendió de sua muger, compro otro eredamiento o otras cosas algunas; ansi como esto que vendió era suo della, ansi deve ser todo lo otro .. E eso mismo es, si vende el mesmo de lo suo; e compra alguna cosa, si se podier probar, que de suo vendió . Mas ansi como *el marido a poder vender de los bienes de sua muger, que ella auie ante que casase con ella,* ansi a poder de entregarla, si quisier, conosciendol ante testigos, que

(1) Galo Sánchez: *Curso citado*, pág. 107.

aquello que vendió era suo della, *quier otorgando ella la venta, quier no* E si el marido vendier algun eredamiento, que sea de sua muger, *sin otorgamiento de ella, non lo puede demandar en sua vida del, viviendo con el, e estando en suo poder; mas tal eredamiento como este, puedelo demandar ella o suos erederos despues de la muerte del marido.*"

"VIII. Esto es Fuero de Castiella entre fijosdalgos: Que ansi como el marido puede comprar algunas cosas con sua muger, o facer otras ganancias algunas, quier de mueble quier de raias, *ansi como lo gano con ella, ansi lo puede vender, si quisier. e ella non gelo puede embargar .*"

"IX. Esto es Fuero de Castiella: Que ninguna Dueña que marido aya, non puede comprar eredamiento, nin puede facer fiadura contra otro, *sin otorgamiento de suo marido; e si lo ficer, e el marido mostrare, quel pesa ante testigos, si le dier una pescosada, e dijier que non quier que vala esta compra o fiadura que ella fico, es todo desfecho, e non vale por fuero.*"

"XII. Si la muger, que a marido, face debda, o mete fiadores a otro ome por qualquier debda que sea, *el marido non lo otorgando non pagará la debda, nin quitará la debda. nin fiadura, que oviese la muger fecho .*"

El Fuero Real, o Fuero de las Leyes, redactado ya en 1255, recoge puntos de vista del Derecho indígena, germánico y algo del romano y canónico, y se dictó porque muchas ciudades carecían de Fuero especial, rigiéndose por *fazañas, albedrios y usos desaguisados*, de que nacían muchos daños y males. Fue concedido como Fuero municipal, al igual que el Fuero Juzgo, a muchas poblaciones, tal vez con la tendencia de unificar el Derecho territorial, pero las poblaciones siguieron aplicando sus fueros antiguos. Hubo un resultado imprevisto, que por aplicarse en los Tribunales de la Corte originó decisiones que se recopilaron en las llamadas Leyes del Estilo.

En cuanto a las arras, ratifica la ley 6.^a, título I, libro III del Fuero Juzgo, antes reseñada, ampliándola al decir: "El marido de cualquier muger *no pueda malmeter, ni enagenar* las arras que diere a su mujer, *maguer que ella lo otorgue; e otrosi, no las pueda mal meter, ni enagenar, mientras que el marido quisiere, maguer que ella lo otorgare, ni despues de su muerte, mientras que fijos vivos del*

hobiere, fueras ende la cuarta parte, así come manda la Ley." El influjo de la doctrina de la dote romana salta a la vista (1).

Para las donaciones, la ley 3.^a, título XII, libro III, se inspira en el Fuero Juzgo (2), con modificaciones que no son de interés para este estudio, y en las deudas contraídas antes de casarse o después, la ley 14, título XX, libro III, reitera la doctrina del párrafo 400, transcrita, del Fuero de Soria. Pero merecen citarse tres leyes que modifican esencialmente disposiciones examinadas anteriormente, al concederlas más extensión y ampliar los efectos, así como reiteran otras prohibiciones:

Ley 9.^a, título VI, libro III: "Si el marido e la muger ficieren hermandad de sus bienes, de que fuera el año pasado que casaren en uno, no habiendo hijos de consuno ni de otra parte que hayan derecho de heredar, vala tal hermandad; e si despues que ficieren la hermandad hubieren hijos de consuno, no vala la hermandad; ca no es derecho que los hijos que son fechos por casamientos, sean desheredados por esta razón."

Ley 5.^a, título XVIII, libro III: "Si el marido ficiere fiadura *sin otorgamiento de su muger*, e la pecharé, ella, ni sus herederos no sean tenudos de pechar ninguna cosa por razon desta fiadura, en vida, ni en muerte; e si la muger ficiere fiadura por otro, sin otorgamiento de su marido, no vala, ni sea tenuda ella, ni sus bienes, por tal fiadura"

Ley 13.^a, título XX, libro III: "Maguer que muger de su marido no pueda fiar, ni facer deuda *sin otorgamiento de su marido*, pero si fuere muger que vende o compra por sí, o haya menester de mercadería, vala todo deudo, e toda cosa que ficiere en quanto pertenece a su menester".

La importancia de la hermandad de bienes, necesidad de consentimiento de la mujer para las fianzas del marido y autorización para que aquélla pueda ejercer libremente el comercio, son disposiciones dignas de mención, como nuevas en aquella época.

En tiempos de Fernando IV se recopilaron las leyes del Estilo, que son más bien sentencias judiciales. Acusan marcada influencia romana y canónica, con perfeccionamiento en algún caso. Por ejemplo, la presunción muciana del Derecho romano aparece ya referida, no al

(1) Ley 4, tít. II, lib. III.

(2) Leyes 6, tit. I, lib. III, y 4, tit. II, lib. V.

marido, sino a la sociedad conyugal; igual que ahora, y en contraposición de las Partidas, que servilmente copian al Derecho romano, con retroceso de la doctrina (1).

La autorización al marido para vender bienes gananciales, que consta en el párrafo VIII, título I, libro V del Fuero Viejo, se reitera señalando la cuota de ganancias y salvando la venta maliciosa. También exageran el concepto de ganancias y extienden la mitad de la cuota de cada cónyuge a bienes que no son propiamente gananciales, en contradicciones con disposiciones de Fueros municipales (2). Por último, aplicando el título 64 del Fuero de Sepúlveda, el Tribunal resuelve que las deudas contraídas por el marido o por el marido y la mujer, conjuntamente, durante el matrimonio, deben ser pagadas por mitad también.

La técnica es más correcta, según se desprende de la redacción de las Leyes o sentencias que se transcriben:

203. "Como quier que el derecho diga que todas las cosas que han marido e muger, que todas presume el derecho que son del marido hasta que la muger muestre que son suyas. Pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido y muger, *que son de ambos por medio*, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente."

205. "Si alguno seyendo casado con alguna muger compro alguna heredad o otra cosa que gano estando en uno con su muger, estos bienes que así compro, *puedelos vender el marido, si menester fure*, en tal que no lo faga el marido maliciosamente, maguer la mujer haya su meytad en aquella ganancia de lo que el marido había ganado o comprado."

206. "Otro sí han por uso en algunos lugares do son los Mercaderes, porque han lo suyo todo lo más en muebles, y que si las mugeres con quien son casados han heredad, o otras cosas de su matrimonio, o que son suyas en otra manera, y vende el marido con consentimiento de su muger alguna heredad de las suyas, o si vende todo lo de la muger, había el marido su meytad en todo, y si la muger no consiente que se vendan sus bienes, es así de uso que habia el marido

(1) Ley 2, tit. XIV, partida, 3.

(2) En estos Fueros está perfectamente diferenciado el carácter de bienes gananciales y bienes privativos, y extraña la ley 206, aunque esté referida a mercaderes.

la meytad en todos sus bienes de la muger, y esto porque la muger quiere haber la meytad en todo lo que ha su marido, que lo ha entodo en mueble o lo más; y es asu comunaleza que haya el marido la meytad en los bienes de la muger."

207. "Todo el deudo que el marido y la muger ficieren en uno, páguenlo, otrosí, en uno. Y es a saber que el deudo que face el marido, maguer la muger no lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es la meytad de la deuda... E como quiere parte en las ganancias, así se debe parar a las deudas "

Con estos antecedentes llegamos al Código conocido por el nombre de las Siete Partidas, obra magna del Rey Sabio, Alfonso X, redactada en 1263 y justamente celebrado por su redacción literaria. Tuvo un éxito extraordinario e influyó poderosamente en la formación de los tratadistas y jurisconsultos, pero no fué popular, y su principal defecto radica en que no es Código inspirado en el Derecho español indígena, eminentemente germánico. Tan es así, que en el Ordenamiento de Alcalá, aprobado por Alfonso XI en 1348, al señalarse el orden de prelación de las Leyes, Ley I, título XXVIII, se dispone que después del Ordenamiento se apliquen los Fueros municipales y el Fuero Real, y en último término las Partidas (1). El motivo principal es que las Partidas constituyeron el principal instrumento para la recepción y penetración del Derecho romano y del canónico, aunque intentó armonizar estos derechos con el indígena en un sistema original. Intento difícil al pretender conciliar el sistema de separación de bienes y la dote romana con la idea de comunidad, total o parcial, germánica, y el sistema de los bienes gananciales. Siempre que toco este Código me parece entrar en tierra extraña, aunque llegue alguna brisa de tierra propia, y esta diversidad de ambiente se refleja también en el presente trabajo.

En efecto, la dote romana impera e incluso el concepto de los parafinales, en la ley 17, título XI, Partida 4.^a, parece redactada por Ulipiano, con idénticas palabras del texto romano antes transscrito; en las leyes 3 a 6, de igual título, la prohibición de donaciones entre esposos, con las mismas razones que los romanos, deroga la doctrina tradicional española examinada, aun con los distingos de las donaciones válidas; y en las leyes 2 y 3 del título XII, Partida 5.^a, la fianza de la mujer

(1) Reiterada por la ley I de Toro. Martínez Marina, en su *Ensayo citado*, t. II, pág. 2, juzga duramente al Código alfonsino en el mismo sentido. Ver también la página 255 del tomo referido.

casada, también es de sabor romano y muy contraria al derecho tradicional. Unicamente la ley 7, título XI, Partida 4.^a, recuerda la ley 4.^a, título II, libro III del Fuero Real: "Pero con todo esto non puede el marido vender nin enagenar, nin malmeter, mientra que durare el matrimonio, la donación quel dió a la muger...", pero también es romana. No sirven las Partidas para investigar la evolución de la potestad marital en la sociedad conyugal ni para fijar la situación de la mujer en el matrimonio de modo que se advierta un progreso que nos permita conseguir un nuevo jalón hasta llegar a la doctrina actual. Este jalón aparece en las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484, y tan importante, que es el primer Código español en el que he encontrado la palabra *licencia*, aunque referida a la mujer. Las cuatro leyes del título IV, libro V, vuelven a la más rancia estirpe indígena. Las leyes 1.^ª y 2.^ª copian los párrafos 334 y 335 del Fuero de Soria anties señaladas; la ley 3.^ª, la doctrina de que los frutos sean comunales a ambos cónyuges, aunque la heredad sea privativa, pero esta heredad "hayalas el marido o la muger, cuyas eran antes"; y la ley 4.^ª nos dice: " Otrosi, que los bienes que fueren ganados, y mejorados, y multiplicados, durante el matrimonio entre el marido y la muger, que no fueran castrenses, ni quasi castrenses, que los pueda enagenar el marido, durante el matrimonio, si quisiere, *sin licencia*, ni otorgamiento de su muger." Ignoro si las comas las puso el Rey Don Enrique IV en las Cortes de Nieva, donde se aprobó esta ley, o la imprenta La Publicidad, donde se imprimieron los Códigos, pero me parecen demasiadas en tan corto párrafo.

Las Leyes de Toro, de 1505, intentaron una vez más unificar el Derecho en todo el territorio nacional, al menos en algunos puntos donde los Fueros y Ordenanzas otorgados por los Reyes durante la Reconquista eran tan dispares que originaban un caos. Tan criticadas en otros aspectos, es justo reconocer que las leyes 50 a 62 representan un avance considerable al precisar las facultades de disposición dentro del matrimonio relativas a los bienes de los cónyuges y en la determinación de la capacidad de los mismos, si bien en algún aspecto son de una dureza extraordinaria. Para la mujer, casi una incapacidad total, sujeta en todo a la licencia del marido. En aquel tiempo debió caer muy bien la palabra "licencia", antes desconocida en los Códigos. Sin embargo, hay que consignar que ya la técnica es casi perfecta en 1505, y que las imperfecciones y confusión que se notan

no deben censurarse muy duramente, porque nuestros progresivos Códigos tampoco son dignos de alabanza y han transcurrido bastantes siglos.

En el Derecho romano sabemos que no se llegó a construir técnicamente el concepto de sociedad conyugal; en parte por su característica de separación total de bienes, en parte por su repugnancia a las personas jurídicas, y además por su empirismo. En nuestro Derecho hay indicaciones, atisbos y rasgos embrionarios, acaso por la idea de comunidad, tan arraigada en el Derecho germánico. Así, hemos visto que se emplean las palabras "mandare, ploguiere, placenteria, queriendo, otorgamiento, consentimiento, mandamiento", y, por último, "licencia", con el mismo significado de autorización del marido a la mujer o de la mujer al marido, para actos de disposición dentro de la sociedad conyugal, pero sin llegar a concretar hasta 1484 que la mujer necesita, en general, la licencia del marido, aun cuando en tiempos de Fernando IV ya la ley 205 del Estilo había conferido al marido el poder dispositivo respecto los bienes gananciales, con carácter de exclusividad. No he de intentar el examen de las cuestiones que se plantean ni la búsqueda del porqué de esta evolución; sólo meras indicaciones.

Las Leyes de Toro establecen (ley 54) que la mujer no puede repudiar ninguna herencia, testada o intestada, sin licencia de su marido: que aceptarla sólo podrá con beneficio de inventario y que (ley 55): "La muger, durante el matrimonio, *sin licencia de su marido como no puede hacer contrato alguno*, asimismo no se pueda apartar ni se desistir de ningún contrato que a ella toque, ni dar por quito a nadie del, ni pueda hacer quasi contrato, ni estar en juicio haciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por sí o por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere". Tampoco puede, según la ley 61, ser fiadora de su marido, y si se obligaren marido y mujet en mancomún, la mujer no será obligada a cosa alguna, excepto en determinados casos. Además, autorizan estas leyes que el marido puede dar licencia general (ley 56) y ratificar lo hecho por la mujer sin su licencia (ley 58) y por ausencia u oposición del marido. El Juez puede dar dicha licencia (leyes 57 y 59). La doctrina de los bienes gananciales se reitera, autorizando expresamente la renuncia (ley 60).

En una palabra, que en 1505 teníamos en nuestro Derecho los elementos e indicaciones necesarios para construir una doctrina, que fué

perfilada por la jurisprudencia, por los comentaristas y por tratadistas jurídicos, lentamente, pero sin que las leyes interviniieran hasta tres siglos más tarde, bien entrado el siglo XIX, pues las leyes recopiladas no son más que esto: recopilaciones. En la Novísima Recopilación de 1805, por ejemplo, libro X, título IV, tenemos: La ley 2.^a, que reitera la doctrina y hasta las palabras de las leyes 15 a 17, título II, libro IV del Fueno Juzgo, y párrafos 334 y 335 del Fueno de Soria, repetidos en Fueros posteriores; la ley 4.^a repite las palabras de la ley 203 del Estilo; la ley 5.^a copia la ley 4.^a, título IV, libro V de las Ordenanzas Reales de Castilla, que a su vez están inspiradas en leyes anteriores, como la ley 8.^a, título I, libro V del Fueno Viejo de Castilla, y la ley 205 del Estilo. Claro que de vez en cuando surgen sorpresas, al recopilar costumbres no mencionadas en Cuerpos legales anteriores, inspiradas en Derechos ajenos al germánico, romano y canónico, fuente principal del Derecho examinado, como sucede con las leyes 12.^a y 13.^a; la primera de Carlos III aprobando la observancia del Fueno del Baylio "conforme al qual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, o adquieran por cualquier razón, se comunican y sujetan a partición como gananciales" (aun cuando no parece tengan relación entre sí, es curioso comparar esta ley con la 206 del Estilo, referida a mercaderes); y la segunda, de Carlos IV, derogatoria de las costumbres cordobesas u holgazanas, indudablemente derivadas del Derecho musulmán, que dice: "Abolimos en quanto sea necesaria la supuesta ley, costumbre o estilo que ha gobernado hasta ahora en la ciudad de Córdoba, de que las mugeres casadas no tengan parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio". Alguna vez hay diferencias derivadas de distinto lenguaje o de aclaraciones de los recopiladores, pero en general se mantienen hasta las mismas palabras de las leyes recopiladas.

Desde esta época aparecen interferencias de legislaciones extrañas de origen similar e influjo de códigos como el de Napoleón: se va depurando la doctrina y la técnica jurídicas y se emprende la tarea de las codificaciones científicas. Miramos demasiado a Francia, cuando beneméritos legisladores incrustan en nuestra legislación preceptos más en armonía con el espíritu de nuestro Derecho tradicional, entendiendo por tradicional el indígena, no el importado o recibido: el que late en las instrucciones jurídicas históricas y no el impuesto por el entusiasmo científico. No es de este momento el estudio detenido de

esta faceta de nuestra historia, por lo que tenemos que ocuparnos brevemente del proyecto de Código civil de 1851 (1).

Los artículos 63 a 67 del proyecto determinan que la mujer no puede, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo enajenar sus bienes, ni obligarse, sin perjuicio de lo dispuesto en el título VI, libro III del mismo proyecto; que se puede de suplir la falta de licencia marital por la autorización judicial; que la licencia no es necesaria para la defensa en juicio criminal, demandar o defenderse en pleitos con el marido ni hacer testamento. La mujer, el marido y los herederos de ambos son los únicos que pueden reclamar la nulidad fundada en la falta de licencia. (La falta de esta licencia no excusa a la mujer de quedar obligada naturalmente, y no podrá reclamar lo que disuelto el matrimonio haya pagado a consecuencia de esta obligación natural (arts. 1.187 y 1.895) (2). Tampoco puede la mujer pedir la partición sin autorización de su marido o del Juez (art. 895).

Ni el marido, ni la mujer, ni los dos juntos, pueden enajenar ni hipotecar los bienes dotales inmuebles (salvo dote apreciada o autorización del Juez (arts. 1.280 a 1.282). El marido puede enajenar y obligar a título oneroso los bienes gananciales sin el consentimiento de su mujer (art. 1.334), salvo lo dispuesto en el artículo 1.337. La mujer no puede obligar los bienes gananciales sin consentimiento de su marido (art. 1.338), excepto los casos previstos en los artículos 1.287, 1.363 y 1.364. Se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer (art. 1.328) (3).

Salvo la prohibición de hipotecar y enajenar los bienes dotales inmuebles inestimados, las demás disposiciones han pasado a nuestro Código vigente. Con este Proyecto de 1851, queda cerrado el ciclo del Derecho histórico.

A grandes rasgos, con línea esquemática, puede resumirse la evo-

(1) García Goyena: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. 1851.

(2) *Concordancias*, t. I, pág. 79. Comentario al artículo 63. No pasó a nuestro Código.

(3) Los bienes extradotales estaban omitidos, pero en la práctica la mujer facultaba expresamente al marido para su enajenación. Sentencia 5 enero 1860, 18 diciembre 1878 y 20 febrero 1889.

lución sufrida por la facultad dispositiva de los bienes matrimoniales. En el *Liber judiciorum* y en la versión romanceada del mismo o Fuen-
tro Juzgo, los gananciales son proporcionales al caudal aportado, salvo
convenio escrito; se distinguen los bienes privativos, con libre dis-
posición por su respectivo dueño, sin necesidad de autorización, y para
las arras y donaciones, la libre disposición por la mujer depende de
como *mandare* el marido.

En los Fueros municipales, los gananciales son por mitad, cualquie-
ra que sea la aportación de cada cónyuge. El poder de disposición, res-
pecto de la mujer, tiene que ser con *placenteria* del marido, y si el in-
mueble es de la mujer, se requiere que a ella le *ploguiere*. Para los bie-
nes gananciales parece requerirse actuación conjunta.

En el Fuero Viejo, la potestad dispositiva radica en el marido.
tanto de los bienes gananciales como de los privativos de la mujer. Es
de creer que también la tendría respecto de sus bienes propios.

El Fuero Real introduce restricciones a tamaña potestad omnímo-
da del marido, y así le prohíbe enajenar las arras y le obliga a reque-
rir el consentimiento de la mujer para la validez de las fianzas con-
rpercusión contra los bienes de la mujer, declarando nula la fianza
de la mujer sin consentimiento del marido.

En las Leyes del Estilo se acoge la presunción muciana de los bie-
nes de matrimonio, pero con distinto fin; la presunción es a favor
de la sociedad conyugal, lo que constituye un atisbo del reconocimien-
to de esta sociedad como distinta de las personas de ambos cónyuges.

Las Leyes de Toro, implacablemente, requieren licencia marital
para casi todas las actuaciones de la mujer casada, salvo por causa de
muerte.

Y el proyecto de Código civil de 1851 contiene casi totalmente la
doctrina del actual Código civil, con la omisión de la disposición de
los bienes extradotales, omisión que la jurisprudencia se apresura a cu-
brir, puesto que había declarado que en los casos de disposición de
bienes extradotales, generalmente la mujer facultaba al marido para
enajenarlos.

Las Partidas, casi totalmente, siguieron el Derecho romano, con
algunas adiciones o rectificaciones.

III. DOCTRINA DEL CÓDIGO CIVIL Y SU EVOLUCIÓN EN LA JURIS- PRUDENCIA QUE INSPIRA EL NUEVO REGLAMENTO HIPOTECARIO.

La doctrina del Código civil es sobradamente conocida para necesitar un examen minucioso

En general, el patrimonio conyugal puede contener tres clases de bienes, perfectamente diferenciados: *a)* Bienes propios del marido, *b)* Bienes propios de la mujer (parafernales o dotales), y *c)* Bienes gananciales (1).

La disposición de estos bienes, salvo el caso de poder expreso de uno a otro cónyuge, corresponde: *a)* Al marido, respecto de sus bienes propios y los bienes gananciales; *b)* A la mujer, con licencia del marido, respecto los bienes dotales o parafernales; *c)* A la mujer, con consentimiento del marido, respecto los bienes gananciales (artículos 61, 1.415, 1.361, 1.387 y 1.416).

La adquisición corresponde al marido a título oneroso o lucrativo, sin necesidad de requisito alguno, pero la mujer también puede adquirir en los mismos casos, de dos maneras: *a)* Con licencia o poder de su marido (art. 61), y *b)* Sin licencia o autorización siempre que el marido o sus herederos no reclamen la nulidad de los actos otorgados por la mujer casada (art. 65).

La adquisición de bienes a título oneroso durante el matrimonio puede hacerse: *a)* Para la comunidad; *b)* Para el marido; *c)* Para la mujer (art. 1.401, núm. 1).

Para la determinación del carácter de los bienes rige el artículo 1.407, que presume gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenezcan privativamente al marido o a la mujer.

En lo que se refiere a la inscripción en el Registro de la Propiedad, en la práctica los bienes privativos se inscriben a nombre del cónyuge a que pertenecen, y los bienes gananciales, a nombre del marido, normalmente, y a nombre de la mujer en tres casos: *a)* Cuando la mujer adquiere sin licencia del marido, pero haciéndose constar en la inscripción la posible anulación por reclamación del marido y sus herederos (Rs. 22 agosto 1894, S 29 mayo 1907, 26 octubre 1916 y

(1) Queda fuera de este trabajo todo cuanto se relaciona con el régimen de capitulaciones matrimoniales en Derecho común o foral.

24 mayo 1928, Rs. 25 agosto 1911, 10 julio 1935, 9 junio 1936, etcétera), y generalmente añadiéndose que la inscripción se verifica para la sociedad conyugal o que los bienes tienen carácter ganancial.

b) Cuando la mujer adquiere con licencia de su marido, sin demostrar la pertenencia exclusiva del precio de la adquisición, y sin hacerse ningún reconocimiento del carácter de los bienes adquiridos, en cuyo caso se suele decir también en la inscripción que se verifica para la sociedad conyugal o que los bienes tienen el carácter de gananciales (Rs. 13 enero 1913, 24 enero 1913, etc.), y c) En el caso de que la mujer adquiera con licencia del marido, reconociendo o aseverando éste o manifestando ambos conjuntamente, que el precio de adquisición es de propiedad exclusiva de la mujer, pero sin justificarse este extremo (Rs. 10 julio 1935, 9 junio 1936, 11 octubre 1941, 30 enero 1943, 9 diciembre 1943, etc.). También en este caso se hace constar en la inscripción que la adquisición es para la sociedad conyugal o que los bienes tienen el carácter de gananciales.

No sin vacilaciones se ha llegado a esta conclusión (1), porque la diversidad de casos presentados requerían solución distinta y había que tener en cuenta las consecuencias que respecto los actos de disposición de los bienes inscritos producía la forma de inscripción de estos bienes. La jurisprudencia parece que al fin tomó un camino firme, según las distintas situaciones: Para esta determinación, evidentemente han influido varias causas:

1.^a La declaración de la Constitución republicana de 1931, artículo 43, de que el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, que obligó a interpretar con arreglo a su espíritu los antiguos textos legales (2).

2.^a El artículo 169 del Reglamento del Notariado de 8 de agosto de 1935 (hoy el 169 del actual Reglamento de 2 de junio 1944) que autoriza al Notario para resolver "si es o no indispensable la licencia marital, teniendo especial cuidado de expresar con arreglo a su criterio

(1) Ver el notable trabajo de mi compañero Sr. Martínez Santonja en REVISTA CRÍTICA, núm. 150, año 1940, pág. 649, sobre «¿Son inscribibles en el Registro de la Propiedad los actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia marital o autorización judicial?», y en el Suplemento de esta REVISTA núm. 442, la nota del competente Registrador Sr Menchen. También otro Registrador, Las Heras, en esta REVISTA, 1943, pág. 255.

(2) Ver Castán: *Derecho civil. Notarías*, t. I, vol. I, pág. 114. 1936.

ia finalidad y el alcance de la falta de aquélla en orden a la validez del documento. En todo caso, cuando se precisare la licencia marital podrá otorgarse el documento, siempre que con ello estuvieren conformes los interesados, subordinándola a la condición suspensiva (1) en cuanto a su perfeccionamiento, de la ratificación o consentimiento por el marido, sin perjuicio de la validez o eficacia del mismo si el marido o sus herederos no la impugnaren".

3.^a Una mayor precisión en el concepto y naturaleza de la sociedad conyugal de gananciales. A través de la doctrina del Centro Directivo, se demuestra la evolución. En la R. de 13 de enero 1913, parece se considera como personalidad distinta de ambos cónyuges, al decir que la finca "debe reputarse como perteneciente a la sociedad conyugal y virtualmente inscrita en el Registro a favor de la misma". Contra esta postura, reaccionan las Rs. de 9 de febrero 1917, 15 julio de 1918 y de 10 julio 1935 (2) al reconocer que "corrientemente no existen en el Registro inscripciones especialmente extendidas a favor de la sociedad conyugal como persona jurídica" sino que los bienes aparecen a nombre de marido o mujer (véase lo dispuesto en el artículo 1.401, párrafo 1.^o del Código civil). Avanza más la R. de 12 de diciembre 1935, con doctrina más depurada al afirmar que "La técnica civil moderna, al analizar la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes entre cónyuges, ha formulado diversas construcciones, declarando que constituye una sociedad con personalidad jurídica más o menos limitada, una copropiedad común o sometida a reglas especiales, una institución autónoma, un grupo de bienes cuya titularidad durante el matrimonio corresponde al marido en dominio o sólo en usufructo, un patrimonio destinado a un fin, una indivisión organizada, o según el criterio que parece más conforme con nuestro Derecho positivo, una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, en la que no hay atribución de cuotas ni facultades para pedir la división y en la que el marido ejerce el poder de disposición" Fija la doctrina subrayada, con iguales palabras, la R. de 8 noviembre 1944, que es la última palabra en esta materia.

Conviene distinguir, separadamente, para mayor claridad, los actos de adquisición de los actos de disposición:

(1) Creo que precisamente es todo lo contrario de una condición suspensiva.

(2) Reiterada en Resolución 11 octubre 1941.

A) *Actos de adquisición, constante el matrimonio, por mujer casada* (1).

1.^o De bienes parafernales o dotales inestinados. Pueden ser, a título oneroso o a título lucrativo:

a) Si es a título oneroso, sin licencia marital, es difícil la justificación de pertenencia exclusiva del precio, pero no imposible, siempre que exista documento fehaciente contra tercero (R. 9 diciembre 1943), por ejemplo, que en igual fecha se venda una finca parafernial y se compre otra, ante el mismo Notario, en acto sucesivo, o que se trate de una permuta. Entiendo que en este caso la mujer está en pie de igualdad con el marido, y si éste puede comprar y acreditar por sí solo el carácter privativo del precio, también puede acreditarlo la mujer por iguales medios, sin necesidad de reconocimiento del marido, porque este reconocimiento sin prueba no surte efecto (Rs. 13 enero 1913, 24 enero 1913, 22 diciembre 1933, 10 julio 1935, 30 enero 1943, 9 diciembre 1943, etc.); es decir, que el requisito indispensable es la prueba, que no puede faltar. El acto es anulable, conforme los términos de los artículos 61 y 65 y la jurisprudencia.

La falta de prueba, convierte la adquisición onerosa, con licencia o sin ella, en una adquisición de carácter ganancial.

b) Si es a título lucrativo, herencia o donación; y sin la licencia marital, el acto será anulable conforme el artículo 65, pero el carácter de los bienes está determinado de modo indudable.

En ambos casos, probada la pertenencia exclusiva del precio o contraprestación, la inscripción se verifica a nombre de la mujer, como bienes parafernales o dotales, pero siempre haciéndose constar la falta de licencia marital (Rs. 22 agosto 1894, 25 agosto 1911, 19 julio 1922, etcétera), que equivale a una condición resolutoria, que se considerará cumplida caso de impugnación por el marido o sus herederos, e incumplida pasados cuatro años desde la disolución del matrimonio (artículo 1.301). Aplicable el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, salvo, naturalmente, la ratificación marital expresa, o la de los herederos en su defecto, e incluso la ratificación tácita, por comparecer el marido para

(1) De intento no se trata de las mujeres casadas menores de edad, por ser poco frecuente el supuesto, que además tiene reglas propias. Ni tampoco se hace referencia a los demás casos anormales, porque nada nuevo dice el Reglamento.

prestar licencia en la enajenación de la finca o los herederos, adjudicando a la mujer casada, ya viuda, la finca en pago de parafernales.

2." De bienes gananciales. Sabemos que sólo pueden adquirirse a título oneroso de conformidad con el artículo 1.401, y que la regla general es la presunción de gananciales de los bienes del matrimonio del artículo 1.407 Para destruir esta presunción (que no es propiamente presunción Muciana, aun cuando su origen se remonte a tan larga fecha, según hemos visto), exige el Código civil prueba y el Centro Directivo determina que esta prueba tiene que ser "completa y concluyente, cuando hubiere terceros interesados" (R. 22 diciembre 1933) y "mediante documento que haga fe contra tercero" (Resolución 9 diciembre 1943), sin que sea suficiente la mera manifestación del marido o la mujer, ni las afirmaciones simples e indocumentadas de un Agente de Cambio y Bolsa o del Notario autorizante (Rs. 30 enero y 9 diciembre 1943), ni el reconocimiento o aseveración del marido de que el precio es de pertenencia exclusiva de la mujer (Rs. 10 julio 1935 y 9 junio 1936).

Por lo tanto, procede considerar los bienes adquiridos como gananciales en los siguientes casos: *a)* Cuando en el contrato, adquiere la mujer, con licencia o sin ella, del marido y no se haga manifestación de ninguna clase; *b)* Si se hace mera manifestación por la mujer, el marido o ambos, de que el precio es privativo de la mujer o si el marido reconoce o asevera esta circunstancia, sin prueba de ninguna clase o con prueba deficiente, que no puede ser aceptada; y ya comparezca o no el marido y preste o no la licencia correspondiente.

La inscripción expresará siempre la circunstancia de estimarse los bienes como gananciales y, además, si no consta la licencia marital, que el contrato o acto es anulable por reclamación del marido o sus herederos. Ahora bien: esta inscripción, ¿a nombre de quién ha de verificarse?

Conforme el artículo 1.401, núm. 1, puede inscribirse a nombre de la comunidad, pero esta solución es terminantemente rechazada por el Centro Directivo en Resoluciones antes mencionadas; luego hay que inscribirla a nombre del marido o a nombre de la mujer, y aunque normalmente se inscribía a nombre de la mujer adquirente, la Dirección General refuerza esta práctica en Rs. 9 febrero 1917, 15 julio 1918, 15 diciembre 1933, y en R. de 11 octubre de 1941 ordena que, "realizada la adquisición por la esposa con licencia del marido y repetido

consentimiento de éste en la adjudicación, ha de reputarse válida y surte todos sus efectos, debiendo verificarse la inscripción con las circunstancias que resulten del título, sin que ello prejuzgue las cuestiones que pudieran suscitarse acerca de la condición jurídica de los bienes dentro de la sociedad conyugal o al tiempo de disolverse ésta". La postura del Centro Directivo en cuanto a que la inscripción nada prejuzga, es reiterada, pues en Rs. 22 diciembre 1933 y 30 enero 1943, dice que las dudas de si los bienes son o no gananciales "deben resolverse por los interesados", y que "sin necesidad de rectificación de los asientos del Registro la finca puede considerarse ganancial o parafernial en las operaciones divisorias".

Admiten expresamente la adquisición a título oneroso por mujer casada, sin licencia, las Rs. de 22 agosto 1894 y 15 de diciembre de 1933, que ordenan hacer constar en las inscripciones las advertencias referidas.

La consecuencia de aparecer inscritas a nombre de la mujer fincas conceptuadas gananciales, se refleja en las Rs. de 13 enero 1913 y 10 julio 1935, al aceptar la anotación del embargo dirigido contra el marido, pues la situación ambigua del Registro y la naturaleza especial de la sociedad de gananciales, no se oponen a que las acciones ejercitadas contra el marido puedan hacerse efectivas en bienes gananciales. Por el contrario, la consecuencia es lógica, como también es indudable que por tratarse de bienes gananciales el Centro Directivo no podía desviarse de la doctrina de los artículos 1.415 y 1.416 del Código civil.

B) *Actos de disposición, constante el matrimonio, por mujer casada.*

El punto náufragico y más peligroso radica en estos actos de disposición, y ante todo debe hacerse una advertencia general. El Centro Directivo mantiene posiciones distintas, según los recursos que resuelve, estén interpuestos por los mismos interesados o por el contrario, sean los Notarios autorizantes quienes pretenden que se declare que las escrituras están redactadas con las formalidades legales. Muchas de las Resoluciones que parecen contradictorias en la doctrina, resultan uniformes si se fija la atención en este hecho. Por ejemplo, en Rs. de 29 marzo 1901, 21 abril de 1908 y 15 y 19 de diciembre de 1933, aparece la contradicción, que la misma Dirección General explica porque "fueron dictadas desde un punto de vista diferente .., el de no

hallarse las escrituras redactadas con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, cuestión que no se plantea en este recurso, no interpuesto por el Notario autorizante y sí por el adquirente de la finca a los efectos de la inscripción", y habida cuenta de que varias prohibiciones del Reglamento Notarial para los Notarios "no puedan trascender a la validez del título ni ser origen de defectos que impidan su inscripción, según también tiene declarado este Centro Directivo". Además, por ser el Notario un profesional del Derecho, tiene que saber que "la licencia concedida por el marido no equivale al consentimiento, porque no siendo sinónimos ni teniendo igual alcance tales palabras en la técnica jurídica, si la mujer es quien contrata y se obliga, la licencia del marido sólo supone la intervención exigida por la Ley al jefe de la sociedad conyugal", mientras que para los interesados las palabras licencia, permiso, poder, consentimiento, autorización, etcétera, pueden representar palabras sinónimas, con igual significación, al ser profanos en Derecho. A estos interesados las basta comparecer ante el Notario como marido y mujer, es decir, representando todos los derechos existentes en la sociedad conyugal, y no son ellos los llamados a dar forma legal a sus propósitos. Por eso, las Rs. de 7 septiembre 1921, 15 diciembre 1935, 9 junio 1936 y 28 abril 1941, ponen reparos a que se haya empleado en la escritura la palabra licencia en vez de la palabra consentimiento, pero en atención a la presentación conjunta de ambos cónyuges, admiten a inscripción el documento.

En los actos de disposición de bienes de la mujer casada, hay que distinguir también si se refieren a bienes parafernales y dotales inestimados, o si se trata de bienes gananciales:

1.^o Actos de disposición de bienes parafernales y dotales inestimables. Rigen los artículos 1.361 y 1.387, en relación con los artículos 61 y 65 del Código civil.

La mujer, para disponer de esta clase de bienes, necesita licencia o poder marital, salvo para bienes parafernales, respecto los que puede obtener habilitación judicial. Es el caso de las Rs. de 25 agosto 1911 y 19 julio 1922.

Pero si realiza la venta sin licencia marital ni autorización judicial, la repetida jurisprudencia de los actos anulables por reclamación del marido o sus herederos, es aplicable íntegramente. La advertencia que se consigna en la inscripción implica una condición resolutoria.

con el juego propio de estas condiciones; y una ratificación posterior del marido deberá hacerse constar por nota marginal de incumplimiento de condición, lo mismo que si se acredita el incumplimiento por prescripción de la acción por el transcurso del plazo legal para ejercitárla.

2.^º Actos de disposición de bienes gananciales. Rigen los artículos 1.415 y 1.416 del Código civil, cuya doctrina se reitera en las Rs. de 24 enero 1913, 12 diciembre 1935, 9 junio 1936 y 8 noviembre 1944. Corresponde el poder dispositivo al marido, como jefe de la sociedad conyugal.

Ahora bien; esta afirmación absoluta no es tan absoluta como parece. Tiene matices distintos, según los casos, que deben ser examinados:

a) Si la adquisición ganancial fué realizada directamente por el marido y la finca inscrita a su nombre, la afirmación es absoluta. La mujer no puede disponer de la finca sin consentimiento expreso del marido.

b) Si la adquisición ganancial fué realizada por la mujer sin licencia marital y está inscrita a nombre de la mujer la finca, deberá obtener el consentimiento marital para disponer. Así lo establece el artículo 1.416 del Código civil (no son objeto de este estudio los casos anormales a que se refiere el párrafo 2.^º del mismo artículo). También procede la afirmación absoluta.

c) Cuando la adquisición ganancial fué realizada por la mujer, acompañada de su marido, conforme el artículo 1.410, núm. 1.^º, sin hacerse advertencia alguna de que el precio es de la exclusiva propiedad de la mujer y el marido da licencia marital, pero no consentimiento expreso, porque este consentimiento expreso es sólo necesario *para obligar los bienes gananciales y no para adquirirlos* (artículos 1.416 y 1.401), la finca estará inscrita a nombre de la mujer como ganancial con asentimiento tácito del marido, y este asentimiento tácito del jefe de la sociedad conyugal, desde el momento en que la sociedad conyugal es una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división, parece que algún efecto ha de surtir cuando el marido podía adquirir y, sin embargo, autoriza con su presencia en el acto y su licencia marital que la mujer adquiera los bienes y los inscriba a su nombre. Luego se insiste sobre este punto.

d) Cuando la referida adquisición tuviere lugar con aseveración

o reconocimiento expreso del marido de que el precio de la compra era de la exclusiva pertenencia de la mujer, aun cuando no se probara o fuera deficiente la prueba en la escritura, y, por lo tanto, se solicitó la inscripción de la finca como parafernado (aunque no se consiguiera). tendríamos ya un reconocimiento expreso del marido, que la jurisprudencia mira con recelo por temor a la prohibida donación entre cónyuges o al contrato simulado. Pero este reconocimiento expreso tiene un valor que no cabe ocultar y que ha de influir en la facultad exclusiva del marido para disponer de bienes gananciales. Al fin, es un acto propio, voluntario y libre que no debe quedar ignorado, ni debe ser susceptible de rectificación en casos normales.

No estoy conforme se convierta en presunción de donación prohibida o de contrato simulado, el reconocimiento o aseveración del marido, ni éste es el sentido del artículo 1.334 del Código civil, que sólo puede referirse a las donaciones reales o de mala fe. En el Código, la buena fe se presume siempre (art. 434), y en la Ley Hipotecaria también la presunción es a favor de la buena fe (art. 34, párrafo 2.º). Corresponde la prueba al que contradiga la buena fe. Medios tienen siempre a su disposición los cónyuges para conseguir sus propósitos, sin pretender disfrazarlos por el medio más conocido y sospechoso, y el reconocimiento del marido significa más bien que no se cree necesario ningún requisito porque a ambos cónyuges, únicos interesados (no siempre suele haber acreedores), les consta, efectivamente, la procedencia del dinero o porque estiman, ellos o el Notario, insuficiente la prueba, o carecen de documento justificativo. Ya lo explica la R. de 22 diciembre 1933. "Es muy difícil la prueba contra la presunción del artículo 1.407, sobre todo cuando las aportaciones fueron en metálico o en bienes fungibles". Tan difícil es cuando ha pasado cierto tiempo desde la venta de una finca hasta la adquisición de otra que les convenga, que no suele estar tan a la mano para que coincida la venta y la compra en el mismo día y hora.

Honradamente, el cónyuge que afirma pertenece el dinero al otro, tiene que seguir afirmando siempre esta circunstancia, porque es verdad y no puede impugnar su propia declaración; la doctrina de los actos propios se lo impide, y para decidirse necesita probar que la aseveración encubrió una donación nula. El acto propio es válido en sí, por lo que tiene el requisito exigido por la jurisprudencia del Tribunal

Supremo para la validez de los actos jurídicos (1) y, además, es válido para los herederos del marido, por la confusión de personalidad entre el causante y los herederos desde la aceptación pura de la herencia (2) y su repercusión en la partición de bienes decisiva.

Ante su reconocimiento en la adquisición, el marido, cuando se trate de enajenar la finca, lógicamente tiene que insistir en que por ser parafernial presta su licencia y no su consentimiento a la mujer. Tal es el caso de la R. de 9 de junio de 1936 (3), y el Centro Directivo consideró suficiente la licencia marital, no sin vacilaciones, pues añade: "Si bien sería más adecuado a la técnica jurídica que el marido hubiese prestado su conformidad al contrato con el doble carácter de jefe de la

(1) Sentencias 21 enero 1922, 29 diciembre 1928, 8 mayo 1920, 13 marzo 1928, 7 junio 1929, 31 diciembre 1931, 19 junio 1933 y Resolución 25 febrero 1943.

(2) Ya decía el Fuero Juzgo, lib. II, tit. V, ley 4: «Los fiios, ni los herederos non devén venir contra lo que mandó su padre. Ca el derecho es que sea defendido al que quiere crebantar el fecho de sus mayores.» Ver también el Fuero Real, lib. I, tit. II, ley 3, y las Partidas, leyes 19 y 21, título XXII, Partida 3.^a, y Sentencias 13 junio 1899, 31 marzo y 7 diciembre 1911, 17 noviembre 1920, 4 enero 1897, 12 noviembre 1920, 19 mayo 1932, etc.

(3) En el caso de esta Resolución vendió la mujer, con licencia del marido, una finca adquirida constante el matrimonio a título oneroso, sin justificarse la procedencia del dinero, pero con reconocimiento de que pertenecía exclusivamente a la mujer e inscrita a nombre de ésta. El Centro Directivo intenta armonizar los preceptos de los artículos 1.387 y 1.416 lógicamente, pues por un lado se encuentra con bienes gananciales presuntos, que sólo puede enajenar el marido, o la mujer con su consentimiento, y por otro, la declaración del marido del carácter de parafernial de los bienes, que coloca a éstos dentro del campo del artículo 1.387. En consecuencia: que por ser un caso mixto o híbrido, y desde luego ambiguo, la categórica disposición del artículo 1.416 no es aplicable íntegramente, aun cuando nos ha de parecer extraño que la mujer disponga, con la simple licencia marital, de bienes gananciales. De aquí surgen las vacilaciones del Centro Directivo; pero, a mi juicio, la doctrina que sienta es la verdadera, de conformidad con el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de mayo de 1915, para el cual lo interesante es que resulte interviniendo la mujer con *aquiescencia y conformidad del marido*, ya se empleen las palabras consentimiento, licenciá, poder o autorización, porque indistintamente las emplea el Código para exteriorizar el concurso de la voluntad marital. No existe peligro de forzar el argumento y considerar que puesto que la licencia es bastante, en caso de faltar esta licencia el acto sería anulable conforme al artículo 65, ya que se exige la aquiescencia del marido y la exteriorización de la voluntad marital.

sociedad conyugal e interesado directamente en la transferencia". En el fondo coincide con la R. de 7 de septiembre de 1921, que creía que el consentimiento del marido "quedaría más puntuizado expresando que se concedía la licencia marital y el consentimiento necesario". Apunta la duda del carácter absoluto de la afirmación expresada respecto que el marido es el único que puede enajenar los bienes *considerados* (que no es lo mismo que *los que sean*) gananciales. Por eso ve con simpatía la R. de 28 de abril de 1941 la venta conjunta por marido y mujer (1), pues "aunque no sea necesario, robustece la posición del matrimonio en la sociedad de gananciales, y valientemente la R. de 11 octubre 1941 afronta el problema al determinar que "Realizada la adquisición por la esposa con licencia del marido y repetido consentimiento de éste en la adjudicación (a la mujer) ha de reputarse válida y surtir todos sus efectos, debiendo verificarse la inscripción con las circunstancias que resulten del título".

Por otra parte, cambiando el punto de vista de la cuestión, una vez permitido por el Código civil que la adquisición sea "para uno de los esposos" (art. 1.401, núm. 1.º), no vemos dificultad alguna que el marido esté conforme con que la finca se inscriba a nombre de la mujer, aunque fuere ganancial, sin que esto suponga una donación prohibida. Bien puede ser un acto de galantería e incluso una seguridad a la mujer de que el marido no dispondrá de la finca sin que la mujer intervenga en la venta. Esta seguridad no es renuncia del marido a su derecho, porque el marido no puede renunciar a su cualidad de jefe de la sociedad conyugal (art. 1.412 y sig. del Código civil), pero sí es un acto perfectamente lícito y válido, que puede incluirse dentro del significado de los actos propios y hasta estar conforme con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.413 (toda enajenación en fraude de la mujer no perjudicará a ésta ni a sus herederos). Aunque el fraude a que se refiere este artículo es el fraude material, cabe una extensión al fraude moral de la seguridad adquirida por la esposa de que su marido no ha de enajenar la finca sin su intervención en la venta, y por muy jurídico que sea, es poco elegante que inscriba una finca a nombre de la mujer, comparezca sólo el marido y disponga de ella por su libre voluntad, con posibilidad de que la enajenación sea en

(1) Roca Sastre se inclina a esta opinión. *Contestaciones de Derecho civil para oposiciones entre Notarios*, tema XLIX, pág. 26 del tema.

fraude de la mujer, al querer ocultarse de la intervención de ésta en la venta. Esta posibilidad no la veo menos peligrosa que la tan careada presunción de que la aseveración del marido, sin plena justificación, encubre una donación prohibida por la Ley. Son dos prohibiciones (arts. 1.334 y 1.413, párrafo 2.^º) que están al mismo nivel y deben tener igual trato (1).

Si no está en uso que en el caso de venta por el marido, por sí solo, de finca ganancial inscrita a nombre de la mujer, con aquiescencia de aquél, la mujer "del una telada" o una "pescosada", como ingenuamente decían el Fuero de Alcalá y el Fuero Viejo, al menos ha de resolverse legalmente la situación creada, tan repetidamente manifestada en la práctica jurídica, que lleva caracteres de costumbre válida.

Maravillosamente enfoca el Centro Directivo la necesidad de resolver esta situación en las Resoluciones de 7 de septiembre de 1921, 15 de diciembre de 1933 y 9 de junio de 1936, "por las ambiguas situaciones patrimoniales creadas en el Registro de la Propiedad a consecuencia de la aplicación de la presunción *juris tantum*" del artículo 1.407, y en la citada de 1921, trazada de la mano maestra tan conocida y admirada por nosotros (2), se señala: "Las especiales circunstancias de aparecer los bienes a nombre de la mujer como gananciales, ponen de relieve una divergencia entre las declaraciones formales del Registro a favor de la mujer y los derechos sustantivos del otro cónyuge, que en los actos de enajenación caben salvar con la comparcencia de ambos cónyuges ante Notario para que aquélla asuma el papel de transferente, en consecuencia con los precedentes de la inscripción realizada, y el marido preste su conformidad en el doble concepto de jefe de la sociedad conyugal e interesado directo en la transferencia. Este artificio notarial se ajusta a la apariencia hipotecaria, y como no consta la existencia de terceros interesados, no existe controversia, sino más bien conformidad entre los esposos, ni se prejuzgan los derechos que sobre el precio puedan alegar los futuros interesados. ni se trata de actos otorgados por un cónyuge con indiferencia del otro, ni existen dudas de las fincas a que se refiere el consentimiento del marido "

Esta Resolución parece presentir la modificación introducida por

(1) La sentencia de 24 de diciembre de 1915 declara nula la venta hecha por el marido dando carácter ganancial a bienes parafernales.

(2) De D. Jerónimo González.

la moderna legislación hipotecaria, especialmente en los artículos 38 y 41 actuales, respecto la titularidad registral y sus efectos (1), que, según la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, consiste en que el derecho inscrito existe y corresponde a su titular: presunción *juris tantum* de exactitud registral, que asegura al titular la adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba y que, además, le permite utilizar medios procesales extraordinarios en defensa de su derecho. Este principio, llamado de legitimación, se compagina mal, por su titular casi invulnerable y potencialmente agresivo, con las situaciones ambiguas y confusas originadas por la presunción del artículo 1.407 que tienen constancia en los libros hipotecarios y con el resultado divergente "entre las declaraciones formales del Registro a favor de la mujer y los derechos sustantivos del otro cónyuge".

Era preciso romper el cerco, suprimir el artificio notarial de que trata la Resolución anterior (comparecer la mujer como transferente, prestando al marido su conformidad en el doble concepto de jefe de la sociedad conyugal e interesado directo en la transferencia) y evitar la perplejidad de los Notarios y los Registradores al encontrarse con fincas inscritas a nombre de la mujer, con reconocimiento expreso del marido de ser parafernales, sin impugnarse esta afirmación, y sin embargo, comparecer el marido para actos de disposición por sí solo, apoyándose en la presunción legal de gananciales de los bienes matrimoniales. Los interesados deben contar, ante todo, con un criterio legal fijo a que atenerse y no correr el albur de una conjetura, cuyo fin es inseguro.

Claramente había que decir que la mujer, en los casos citados, era el titular registral; que el jefe de la sociedad conyugal había consentido expresa o tácitamente en que la finca se inscribiese a nombre de su mujer, cualquiera que fuere la razón de esta tolerancia, y que la doctrina de los actos propios era aplicable, en tanto no se demostrase una donación encubierta o una simulación de mala fe; y que la sociedad conyugal, por ser una mancomunidad, sin adjudicación de cuotas ni facultad de pedir la división, concede iguales derechos a ambos cónyuges si aquel a quien está atribuido el poder dispositivo quiere o tolera que la finca aparezca a nombre de su cónyuge, lo mismo que podía concederla el

(1) Ver en esta REVISTA, año 1928, págs. 272 y 365, el trabajo de D. Jerónimo González: «El titular».

poder de disposición mediante escritura especial. Por lo tanto, la facultad dispositiva de la finca inscrita a favor de la mujer casada pertenece a la mujer, con intervención del marido en los actos de disposición, armonizándose de esta forma las declaraciones formales del Registro con la titularidad civil de los bienes gananciales o presuntivamente gananciales y la necesidad del consentimiento marital del artículo 1.416 del Código civil. De este modo no puede haber perjuicio para terceros ni se prejuzga el carácter ganancial o parafernial de los bienes matrimoniales.

Y de acuerdo con la doctrina del Centro Directivo examinada y las razones expuestas, la Comisión redactora del nuevo Reglamento Hipotecario fijó su criterio en los artículos 94 a 96, que decían en el proyecto primitivo:

"Art. 94 Serán inscribibles los actos y contratos otorgados, sin licencia del marido, por mujer casada, pero el Registrador hará constar en la inscripción la falta de dicha licencia, en los casos en que ésta fuere necesaria.

Art. 95. Las adquisiciones de bienes a título oneroso por mujer casada, se inscribirán a nombre de ésta, con sujeción a las reglas siguientes:

Primera Si se acreditaré que el precio o la contraprestación es de su exclusiva propiedad y libre disposición, se inscribirán como bienes paraernales o dotales, según proceda.

Segunda. Si el marido aseverare que el precio o la contraprestación es de la propiedad exclusiva de la mujer y, sin embargo, no se probare la procedencia del dinero, se harán constar ambas circunstancias en la inscripción.

Tercera. Si el marido no aseverare que el precio o la contraprestación es de la propiedad exclusiva de la mujer y tampoco se demostrarre la procedencia del dinero, se consignarán en la inscripción ambas circunstancias.

En los casos segundo y tercero de este artículo, la inscripción no prejuzgará la naturaleza ganancial o privativa de tales bienes.

Art. 96. Los actos y contratos de disposición sobre los bienes expresados en la regla primera del artículo anterior, se regirán por las normas de los bienes paraernales o dotales

En el caso previsto en la regla segunda del mismo artículo, el otorgamiento de dichos actos o contratos corresponderá a la mujer, con

licencia marital, la cual equivaldrá al consentimiento del marido, en el supuesto de que legalmente fuera necesario para la validez del acto o contrato.

En el caso de la regla tercera del repetido artículo, la facultad dispositiva sobre tales bienes corresponderá también a la mujer, pero ésta necesitará el consentimiento del marido."

Examinado nuevamente el articulado del Reglamento por la Comisión para adaptarle al informe del Consejo de Estado, que tuvo que aceptar en todas sus partes, y no percibido por el informe el matiz diferenciador de que constare o no en el documento la aseveración del marido, de repercusión indudable en si es procedente licencia o consentimiento, según ha quedado expuesto, los artículos 95 y 96 quedaron redactados como sigue:

Artículo 95. Se suprimieron los tres últimos párrafos, por ser sustituidos por el siguiente: "Segundo. Si no se demostrarre la procedencia del dinero, se consignará en la inscripción esta circunstancia, indicándose, además, si el marido aseveró o no que el precio o la contraprestación es de la propiedad exclusiva de la mujer, sin que prejuzgue la inscripción la naturaleza ganancial o privativa de tales bienes."

Artículo 96. Suprimidos los dos párrafos últimos, para ser sustituidos por el que sigue: "En el caso previsto en la regla segunda del mismo artículo, el otorgamiento de dichos actos o contratos corresponderá a la mujer, con consentimiento del marido."

Me apresuro a salir al paso de dos objeciones: 1.^a El peligroso, extraordinario y manoseado fraude a los legítimos acreedores del marido o de la sociedad conyugal 2.^a La tan debatida doctrina tradicional en nuestro Derecho y la soberanía matrimonial del marido.

No soy muy dado a sentimentalismos respecto al pobrecito acreedor o el pobrecito deudor; cada uno tiene su esfera de acción, sus propósitos íntimos y sus actos externos, y para seguridad y garantía de los créditos existe el Registro de la Propiedad: no llora quien prescinde de él. Pero en cuanto al peligro de los intereses de los acreedores, la contestación la da el artículo siguiente del Reglamento:

"Art. 144 Cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales y antes de su disolución, se decrete embargo sobre bienes pertenecientes a esta sociedad, se extenderá la anotación sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer o del marido, o de ambos, indistintamente, que

hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges.

Si, como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios. Si, disuelta la sociedad conyugal, no se hubiere inscrito la partición, podrá, respecto a los bienes a que se refiere el párrafo anterior, ser anotado el embargo, si la demanda se hubiere dirigido conjuntamente contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto."

Respecto a la doctrina tradicional, de la más rancia antigüedad y del primitivo Derecho indígena, anterior a 1100, copiamos antes del Fuero de Salamanca: "Quanto marido e mujer fezieren en su falude, todo fea firme." Y en el Fuero de Soria: "Toda cofa que el marido y la mugier ganaren o compraren de confuno, ayan lo amos por medio" Y, sobre todo: si el marido desea conservar íntegra su facultad de enajenación, sin intervención alguna, que adquiera los bienes para que sean inscritos a su nombre y no tolere las adquisiciones a nombre de su mujer. Ya sabe a qué atenerse. Aviso a los maridos.

PEDRO CABELLO,

Registrador de la Propiedad
De la Comisión redactora del nuevo Reglamento
Hipotecario

La caducidad del derecho inscrito y la de las menciones y asientos del Registro de la Propiedad. Causas que dificultan la aplicación de las tres primeras disposiciones transitorias de la vigente Ley Hipotecaria

La caducidad es una consecuencia fatal e inexorable de toda ley biológica. Caducar (*Diccionario de la Real Academia*), en sentido vulgar y figurado, es aruinarse o acabarse una cosa por antigua y gastada.

El mismo significado le corresponde en el orden jurídico, y por ello un ilustre autor (1) sostiene que, en términos generales, la caducidad jurídica es la pérdida de un derecho, acción, crédito o ventaja.

En un sentido más restringido la considera Castán (2), al decir que la institución llamada caducidad tiene lugar cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido aquél, el derecho no puede ya ser ejercitado. Opera, añade, la extinción del derecho, radical y automáticamente, y, además, de una manera directa, a diferencia de la prescripción de acciones, en que tiene que operarse a través de una excepción.

Pero la caducidad, cuando del Registro de la Propiedad se trata, es forzoso considerarla en dos aspectos o modalidades: una, la que cabría llamar caducidad de fondo, que se refiere única y exclusivamente al derecho contenido en un asiento o en una mención, y otra, de forma, que hace sólo relación a la mención o al asiento registral. Tener en cuenta esta distinción es de gran importancia en las cuestiones de que vamos a tratar.

Los derechos inmobiliarios nacen, viven y se extinguén fuera de nuestro Registro de la Propiedad. Este, en cuanto lo permite la voluntariedad de la inscripción, tiende a reflejar la realidad de aquéllos y

(1) *Alcubilla*, t. II, pág. 830.

(2) *Contestaciones al programa de Notarías*, 1941, t. I, pág. 323.

protege y legitima su eficacia frente a terceros y en algún caso es requisito indispensable para su validez.

Es cierto que la voluntad humana al amparo de la Ley es la más importante de las fuentes creadoras de aquellos derechos, y también de ordinario la causa inmediata más frecuente de su extinción; pero son muchos los casos en que los derechos aludidos, especialmente los llamados sobre cosa ajena, caducan y se extinguén sin un nuevo acto de consentimiento que tienda a provocar su aniquilamiento, sino que éste obedece o a una declaración legal, a la naturaleza o contextura misma del derecho, o a pactos o estipulaciones anteriormente establecidos. Y en tales supuestos, bastará acreditar de un modo auténtico la caducidad del derecho inscrito para que en el Registro sea reflejada con el correspondiente asiento de cancelación.

Mas esto, que hoy resulta claro y sencillo, no lo fué en nuestra antigua legislación. Las leyes hipotecarias de 1861 y 1869 fueron en ello rígidas e inflexibles; sentaron en su artículo 82 el principio de que las inscripciones en general no podían ser canceladas más que por resolución judicial firme, en todo caso, y las que se hubieren practicado por escritura pública, además, por otra escritura en que el titular, su causahabiente o representante, prestare consentimiento para tal cancelación.

Aunque el Reglamento Hipotecario de 1870 (art. 72) tendió a mitigar en parte tal rigor, fué preciso, para darle cierto carácter de generalidad, que un Real decreto de 20 de mayo de 1880 (1), con rango o jerarquía de ley, dada su importancia, estableciera las normas que después aparecen trasladadas al Reglamento Hipotecario de 1915 (2). Por ellas se admitió y dió carta de naturaleza, en nuestro sistema hipotecario, a la caducidad de los derechos inmobiliarios.

Es interesante, y la creemos útil al estudio que hacemos, la doctrina sentada en el razonado preámbulo del aludido decreto. "Era innecesario, dice, que se hiciera constar el consentimiento del interesado, cuando no depende de su voluntad, sino de la misma Ley, la subsistencia de la inscripción del derecho. La misma Ley, añade, que declará fencidos los derechos inscritos, no ha podido dar al consentimiento de los inte-

(1) Que, según los Sres. Galindo y Escosura, tuvo el singular privilegio de ser discutido acaloradamente no sólo en las Cortes, sino en la prensa política, en la profesional y hasta en conversaciones particulares.

(2) Ver artículos 150, 151 y 155.

resados más importancia que a su propio precepto, hasta el punto de que, no obstante declarar que el derecho ya no existe, exija que consentan en ello."

Que deba o no ser admitida la caducidad formal o de menciones y asientos del Registro, depende del punto de vista que se adopte.

Si se estima aceptable la afirmación del notable hipotecario Roca Sastre (1), que, siguiendo a Aragonés, cree firmemente que los asientos registrales son entes que nacen, viven y mueren en los libros hipotecarios, hay que admitir como algo normal tal caducidad y ser definida, cual lo hace el mismo autor, como la extinción de una inscripción por ministerio de la Ley y transcurso del tiempo.

Si, por el contrario, huyendo de un exagerado realismo, se quiere sostener que los asientos dichos son sólo de carácter formal y adjetivo, que carecen de vida propia, que protegen la del derecho inscrito, entonces la repetida caducidad, en cuanto a ellos, sería un término exótico e inadmisible. De cualquier modo que esto sea, la caducidad formal se ha ofrecido siempre en nuestro Registro como un fenómeno excepcional, tal vez, como observaba Morell, por ser uno de los caracteres de dicho Registro la permanencia. Prueba de ello es que hasta la última reforma hipotecaria, ni aun con relación a las anotaciones preventivas se señaló la caducidad como una de las causas generales de su extinción.

En cuanto a las inscripciones en sentido estricto, principal asiento de nuestro Registro, por ser de carácter permanente y definitivo, puede decirse que la caducidad no existía. Sin embargo, los autores señalan estos casos:

Las de la antigua Contaduría de Hipotecas que dejaron de trasladarse al moderno Registro dentro de los plazos fijados por la Ley de 1909.

Las que se practican al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria (antiguo y célebre art. 20, como le designaba el vulgo), cuando deja de acreditarse, dentro del plazo marcado, la publicación del edicto exigida por el artículo 87 del Reglamento Hipotecario.

Las inscripciones de herencia que, de acuerdo con el artículo 27 del Reglamento de Derechos Reales, se practiquen sin el previo pago de ese impuesto, cuando transcurre el plazo que se les señala sin solventar dicho tributo.

(1) Contestaciones al programa de Registros de 1944, t. II, pág. 759.

A éstas podemos añadir nosotros la afección de bienes, por falta de presentación del recibo de contribución de Utilidades, en las cancelaciones totales de hipotecas, por exigencias del Real decreto-ley de 20 de mayo de 1925, que también caducan transcurrido cierto plazo (1).

Pero puede observarse que el primer caso lo fué de derecho transitorio y que en los demás se adoptó la forma de inscripción en lugar de la de anotación preventiva temporal, que hubiera sido lo procedente, ya que se trataba de asegurar transitoriamente derechos, algunos de carácter personal. Las mismas anotaciones preventivas, a pesar de su carácter transitorio y provisional, fueron, por regla general, asientos de duración indefinida. ¡Hasta las simples menciones han sido hasta ahora protecciones hipotecarias de carácter permanente!

En orden al Registro de la Propiedad, los rasgos diferenciales entre la caducidad del derecho inscrito y la de las menciones y asientos se han venido acusando de un modo perfecto.

La primera estaba sometida a las mismas normas hipotecarias de toda extinción de derechos inmobiliarios, y ello lo prueban:

- Que al arbitrio de los interesados, dada la voluntariedad de inscripción, quedaba el poner o no el Registro de acuerdo con la realidad solicitando o no la inscripción de cancelación.

Que para esta cancelación se precisa:

a) El título o documentos auténticos justificativos de la caducidad.

b) Petición de inscripción o presentación en el Diario.

c) Calificación por el Registrador.

d) Previa justificación del pago del impuesto de Derechos Reales.

e) Y un asiento formal de cancelación de la misma clase que el en que se contenía el derecho caducado.

Por el contrario, según se inducía de los escasos preceptos de la legislación hipotecaria ahora reformada, la caducidad de menciones y asientos en general ofrecía estas notas características:

No causaba la extinción del derecho, a pesar de que la sospecha de su extinción fuera de ordinario el móvil que guió al legislador para decretar la caducidad de que se trata y sin perjuicio también de que aquél derecho ya no fuera eficaz en cuanto a tercero.

Transcurrido el tiempo fijado, la mención o asiento de que se tratare

(1) Aunque se extienda en forma de nota marginal, se trata de verdadera inscripción en hipoteca solidaria y privilegiada.

dejaba de surtir efecto, quisieranlo o no los interesados, ya que de la voluntad de ellos no dependía la eficacia y subsistencia de aquéllos.

Por lo mismo, ni se precisaba título alguno, ni presentación, ni calificación alguna. El Registrador se había de limitar a hacer un examen para comprobar si el asiento o mención estaban caducados.

Y por último, producida la caducidad, quedaba totalmente sin efecto el asiento o mención afectado, y ello aunque no se hiciere constar en forma alguna su "muerte hipotecaria". Así lo comprueban los asientos de la antigua Contaduría de Hipotecas que quedaron sin trasladar al Registro moderno. Claro que en éste, para evitar confusiones y errores, se viene indicando por breve nota marginal, como sucede en cuanto a las anotaciones, por aplicación del número 16 del artículo 164 del Reglamento Hipotecario. En contra del parecer de Roca (1), entendemos que esa nota no equivale a una cancelación abreviada o simplificada. No es asiento formal de cancelación, dado que ni la caducidad arrancaba de él ni dejaba de producirse aunque se omitiera la cancelación formal.

La misma caducidad ni fué obstaculizada por la liquidación del impuesto de Derechos Reales, ni dió ocasión a problema alguno de esta índole.

Una de las más plausibles innovaciones llevadas a cabo por la llamada Ley de Reforma Hipotecaria, de 30 de diciembre de 1944, fué la que con relación a caducidad se contiene hoy en las tres primeras disposiciones transitorias de la redacción oficial o texto refundido vigente.

Fué inspirada, como declara la exposición de motivos de aquélla, por una urgente e imprescindible tarea de saneamiento de nuestro Registro de la Propiedad. Se trató con ella, añade, de extinguir, o al menos aligerar, en beneficio de la contratación en general, aquel farragoso lastre de cargas prescriptas que inútilmente se venían mencionando y arrastrando en los libros del Registro, y se procuró que ello sucediera sin necesidad de recurrir a lentos y dispendiosos procesos.

Un breve examen de conjunto de tales normas nos revela claramente:

- a) Que se regula en ellas la caducidad de menciones y de determinado asientos, pero no la de fondo o de derechos inscriptos.
- b) Que, como en aquélla se comprenden menciones y asientos

(1) Ob. cit., t. II, pág. 766, nota.

que antes eran de duración indefinida, para no perjudicar derechos adquiridos, se señalan plazos especiales unas veces y otras el de la *vacatio* de la Ley de Reforma, para que los interesados puedan evitar los perjuicios derivados de la caducidad (1).

c) Que esa caducidad, transcurridos los términos fijados, se decreta, en general, de pleno derecho, no sólo por el fin perseguido por la reforma, sino por la forma de expresión de la Ley. Caducarán y no surtirán efecto alguno , declara unas veces; habrán incurrido en caducidad. , dice otras, empleando términos del orden penal, y por tanto, se cancelarán . Y sin embargo, por motivos de índole práctica o mecánica registral, de tan poca monta, al parecer, que, cual verdaderos imponderables, pasarián desapercibidos al legislador, dejarán de aplicarse en muchos casos y en otros se provocarán confusas situaciones de Derecho que oscurecerán la importancia de la reforma. Los iremos señalando en un brevísimo estudio de esas disposiciones.

CADUCIDAD DE MENCIONES

A las practicadas, en general, bajo la legislación hipotecaria reformada se refiere la primera de las disposiciones transitorias aludidas y también a las de legítima que después se practicaren.

Transcurridos los plazos que señala sin que los derechos de que se trate hayan sido inscritos o anotados, caducan las repetidas menciones de pleno derecho y han de ser canceladas de oficio o a instancia de parte.

Como acertadamente sostiene De la Rica (2), lo serán por el primer medio siempre que el Registrador lo estime necesario o conveniente y de modo especial cuando haya de expedir certificación de cargas. También, creemos nosotros, deberá hacerse así en los casos de agrupación y segregación, dada la conveniencia de que en las nuevas fincas conste un índice o resumen de las cargas de las de que proceden.

A solicitud del interesado, afirma el mismo autor, procederá siempre que éste así lo pida.

Pero la caducidad a virtud de petición escrita presenta algunos inconvenientes de índole fiscal.

(1) Salvo en algún caso, que citaremos, de la de inscripciones de hipoteca.

(2) Comentarios a la Ley Hipotecaria pág. 237, nota.

Al citado Roca (1), influenciado sin duda por el comentario de Sanz, que después veremos, le inquieta el problema de liquidación del impuesto de Derechos Reales, cuando, con relación a la caducidad de las menciones de legítima dice: "La cancelación de oficio en esta materia es cosa indicada, ya que no hay problema de liquidación de Derechos Reales, pues la cancelación de tales menciones de legítima no implica la extinción de ésta, sino tan sólo la necesidad de su desinscripción; sobre todo, teniendo en cuenta que aquí la inscripción no es constitutiva."

Por nuestra parte debemos hacer constar el conocimiento que hemos tenido de varios casos de solicitudes en que se instaba se hiciera constar la caducidad de menciones de derechos reales, a las que se les giró liquidación por tal impuesto, por el concepto "extinción de derecho real", si bien es verdad que en aquéllas los interesados creyeron necesario fundamentar su petición en que los derechos de que se trataba, que relacionaban concretamente, habían quedado extinguídos por prescripción.

CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS.

Según la disposición transitoria segunda y artículo 86 de la Ley vigente, todas las anotaciones preventivas son asientos temporales, sujetos a un término de duración, transcurrido el cual, o el de la prórroga, en su caso, caducan; pero en ellas la caducidad sólo puede hacerse constar en el Registro a instancia de parte interesada, que, por lo que aclara el citado artículo 86, parece debe entenderse lo es el titular del derecho gravado por la anotación.

El preámbulo de la Ley de Reforma Hipotecaria guarda silencio sobre los motivos por los que aquí no es permitido el hacer constar la caducidad de oficio. También el competente y agudo comentarista de aquella Ley, Sanz Fernández, que intervino como Vocal en el proyecto, mantiene cuidadosamente el secreto, pues se limita a decir (2) "que no tiene mucha explicación que el Registrador no pueda hacer constar la caducidad de oficio".

Ya exista poca o mucha explicación, y creemos que ello no tiene fundamento alguno, es lo cierto que aquí se crea una nueva figura de caducidad o caducidad *sui generis*, ya que no basta el mero transcurso

(1) Ob. y t. cit., pág. 766.

(2) Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria, pág. 332.

del tiempo, sino que es preciso, además, el consentimiento del gravado con la anotación. La consecuencia de ello es que en nuestros Registros se crea una situación anómala y absurda: Una anotación que no surte ya efecto alguno, que hay que considerarla como si estuviera vigente y que hay que comprenderla como tal en las certificaciones de cargas.

Mal estaba que antes de la reforma última hipotecaria viniese publicando el Registro la existencia de derechos que había que suponer prescritos y extinguidos; pero peor es aún el que por falta de diligencia de los interesados se prolongue la vigente apariencia de anotaciones por tiempo indefinido.

CADUCIDAD DE INSCRIPCIONES DE HIPOTECA.

La tercera de las aludidas disposiciones transitorias regula la de estos dos grupos de inscripciones:

1.º Las de hipoteca que en 1.º de enero de 1945 cuenten con más de treinta años de antigüedad a partir de la fecha del vencimiento del crédito, sin haber sufrido modificación.

Tales inscripciones han caducado, a menos que en el plazo de dos años, contados desde el citado 1.º de enero, hayan sido novadas, interrumpida su prescripción o ejercitada la acción hipotecaria.

2.º Las inscripciones de hipoteca que, "constituidas" con anterioridad al dicho 1.º de enero de 1945, vayan cumpliendo en lo sucesivo los citados treinta años de antigüedad.

También éstas caducarán, asimismo, cuando vayan cumpliendo el indicado plazo, *con las mismas condiciones y requisitos*, dice la Ley.

Pero como esta caducidad no estaba establecida en la Ley de Reforma y ha sido decretada por el texto refundido de 8 de febrero de 1946 (cuya publicación se hizo en los *Boletines Oficiales del Estado* de 27 y 28 del mismo mes), fácil es observar que muchas de ellas habrían ya caducado y que otras, por estar ya próxima su caducidad, no han podido disfrutar (con cierto criterio de injusticia) del beneficio del citado plazo de dos años.

Con relación a la caducidad de las inscripciones de ambos grupos no especifica la Ley si puede o debe hacerse constar de oficio en los libros del Registro o, por el contrario, se precisa petición de parte interesada.

El citado autor Sanz Fernández (1) sostiene en este punto que, puesto que se trata de un supuesto de caducidad, parece no debiera haber inconveniente en practicarla de oficio; sin embargo, añade, los requisitos de índole fiscal, liquidación del impuesto de Derechos Reales, imponen la necesidad de solicitud del interesado".

Una vez más en la Historia se hace surgir ese fantasma del impuesto de Derechos Reales, cuyo triste sino ha sido siempre el de dificultar las operaciones registrales, cuando precisamente debió de ser lo contrario, en beneficio mismo de los intereses que se quieren salvaguardar. Pero es que aquí, además, se le quiere erigir, nada menos, que en rector o definidor de los medios, modos o formas en que debe ser practicada la caducidad de unos asientos, y esto, a nuestro modesto entender, es completamente inadmisible.

Ni aun a pretexto de que, en cuanto a la hipoteca, se quiera sostener que la inscripción sea constitutiva, como vimos apuntaba Roca Sastre (2), puede sostenerse tal criterio; pues es fácil observar que para que dicho impuesto sea liquidado por constitución, extinción y demás conceptos relativos a la hipoteca, no es preciso esperar a que los respectivos títulos sean inscritos en el Registro. Y aparte de ello, si así se exigiera, se crearía un círculo vicioso, dado que sin el pago del impuesto, como es sabido, no se puede, no digo inscribir, sino ni aun anotar, por ese defecto, que si es fácilmente subsanable, hipotecaria y absurdamente es insubsanable.

Son cosas enteramente independientes. Cuando la Ley declara caducado un asiento no tiene para nada en cuenta ni se subordina a problema alguno de liquidación. Pero es que, además, la caducidad dicha, aunque para decretarla el legislador haya partido de una presunción de extinción del derecho, basada en el dilatado período en que no dió señales de vida en el Registro, no quiere decir que tal derecho se haya extinguido realmente. Es cierto que en muchos casos ya no podrá hacerse efectivo contra el tercero hipotecario, pero se darán otros en que con el mismo título pueda de nuevo ser inscrito, lo que prueba que aún subsistía.

¿Por qué pretender liquidar el impuesto en los repetidos casos y no

(1) Ob. cit., pág. 530.

(2) Creemos, con Núñez Lago y Sanz, que la inscripción en la hipoteca es «necesaria», pero no «constitutiva», ya que tal hipoteca nace del título, pero no directamente del asiento.

exigirlo, por el mismo concepto de extinción, cuando el derecho real de hipoteca no llegue a surtir efecto porque al pretender inscribirlo, la finca, por ejemplo, hubiere pasado en el Registro a un tercero? En ambos supuestos existe extinción presunta de hipoteca, a efectos fiscales.

Es de esperar que el futuro Reglamento Hipotecario aclare estos puntos.

Como resumen del examen hecho, diremos que la crítica de las disposiciones sobre caducidad, en cuanto exigen la petición de parte interesada, no puede ser favorable.

No se concibe que, decretada la caducidad por la Ley, se precise también el consentimiento del interesado, como ocurre en la de las anotaciones y se pretende que así sea en la de las hipotecas, ya que, como decía el Decreto de 1880, no puede darse a tal consentimiento más o la misma importancia que al propio precepto legal. El interés del propietario en que quede limpio su derecho de cargas, como el valor castrense, debe suponerse siempre, salvo en algún inconfesable caso de mala fe, que tampoco la Ley debe proteger.

En otro orden, la validez y subsistencia de los asientos no es negocio privado, sino de carácter público, y por ello tampoco tiene fundamento alguno el que por la sola voluntad individual pueda prolongarse la vigencia de asientos, aunque sea aparente, cuando la misma Ley quiso que desaparecieran en interés general. •

Confiar al cuidado y diligencia (o mejor, negligencia) de los propietarios la gran obra de saneamiento del Registro es hacerla interminable, incurriendo en las mismas causas del mal que ahora se quiere remediar. Y si aquéllos sienten, por añadidura, el temor al pago del impuesto, entonces sí que la reforma, en gran parte, quedará frustrada, ya que dirán, con razón, para sus respectivos sayos, "que bien se está San Pedro en Roma".

Sólo hemos querido con estas notas llamar la atención sobre los obstáculos que se oponen, ya, a la importante reforma llevada a cabo y evitar que después se nos quiera aquí también cargar a los Registradores el fracaso en la cuenta de nuestras culpas. ¡Que no vengan después las censuras injustificadas, aunque el ataque sea incruento y venga velado por la cortina de humo del incienso!

J. RUIZ ARTÁCHO,
Registrador de la Propiedad.

El tema de los «nondum concepti»

Meditación sobre unos artículos del Código civil

Periódicamente asoma a la superficie el tema de los *nondum concepti*, recogido, a veces, por el Tribunal Supremo o la Dirección General de los Registros en sentencias y resoluciones, o bien traído a nueva actualidad merced al estudio de destacados tratadistas.

Entre éstos, últimamente, González Palomino, de modo incidental, en sus "Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio" (1), y Roca Sastre, directa y expresamente, en las columnas de la *Revista de Derecho Privado* (2), han consagrado su atención a tan interesante y complejo problema.

Ambos escritores, pero especialmente el segundo, por la razón apuntada, lo examinan, con amplitud y detalle, en todos sus aspectos, para penetrar profundamente en las dificultades que contiene y ofrecer soluciones doctrinales y prácticas que sirvan de orientación a cuantos profesionalmente intervenimos en la vida del Derecho sucesorio.

No es fácil, a mi entender, mejorar tan interesantes trabajos, y no he de ser yo quien se lo proponga.

Antes al contrario, he de valerme de la luz que proyectan para intentar un nuevo examen del articulado de nuestro Código civil, en la parte pertinente, con la esperanza, seguramente infundada, de obtener conclusiones, no siempre conformes con las generalmente admitidas por la doctrina, aunque más en armonía con las declaradas en ocasiones, a través de sutilezas y distingos, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros.

Para la realización de ese propósito me ha de servir de punto de

(1) *Anales de la Academia del Notariado*, tomo II.

(2) Número 350, mayo 1946, bajo el epígrafe «Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los *Nascituri*».

partida la comparación, tantas veces reiterada por los autores, de los artículos 744, 745 y 758 del Código civil con los concordantes de las legislaciones extranjeras, si bien la compulsa, por razón de brevedad, quedará limitada al artículo 725 del Código francés, guía e inspiración del nuestro.

Tales preceptos dicen así:

"Art. 744. Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la Ley."

"Art. 745. Son incapaces para suceder:

1.^º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reunan las circunstancias expresadas en el artículo 30.

2.^º Las Asociaciones o Corporaciones no permitidas por la Ley."

"Art. 758. Para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

En los casos 2.^º, 3.^º y 5.^º del artículo 756, se esperará a que se dicte la sentencia firme, y en el número 4.^º, a que transcurra el mes señalado para la denuncia.

Si la institución o el legado fuera condicional, se atenderá, además, al tiempo en que se cumpla la condición."

Artículo 725 del Código francés:

"Para suceder es necesario existir en el instante de la apertura de la sucesión.

Así, pues, son incapaces para suceder:

1.^º El que no haya sido concebido todavía.

2.^º El niño que no haya nacido viable."

De la comparación de unos y otro precepto se advierte, en primer término, como ya han reprochado diferentes autores, que nuestro Código no contiene la declaración expresa del artículo 725 del Código civil francés, por la que se niega capacidad para suceder a los que no existan al tiempo de la apertura de la sucesión. También se advierte, con igual reproche, que el artículo 745, al declarar la incapacidad de las personas naturales, se refiere tan sólo a las criaturas abortivas, sin mencionar de modo directo, como lo hace el Código civil vigente en Francia, a los no concebidos.

Bien es verdad, dice Manresa, que la censura carece de fundamento, porque el artículo 29 da solución a la dificultad, y una vez establecido en él con carácter general el principio del nacimiento de la personalidad

jurídica como requisito previo para el goce de los derechos civiles, no había necesidad de repetirlo.

Según dicho artículo, continúa diciendo, el nacimiento determina la personalidad civil, aunque para todos los efectos que le sean favorables se tiene por nacido al concebido, siempre que nazca con las condiciones del artículo siguiente.

Unicamente, prosigue, pueden ser sujetos de Derecho las personas, y, por tanto, mientras la Ley no reconozca vida legal a las mismas, hay una incapacidad natural para que recaiga en ellas derecho alguno.

La necesidad, dice a su vez Roca Sastre, de que el heredero exista *in rerum natura* al morir su causante, no implica problema alguno de capacidad sucesoria, pues constituye un presupuesto legal o, mejor dicho, una *conditio in juris*, de la efectividad del llamamiento sucesorio. La inexistencia de quien es llamado a una sucesión al abrirse ésta, no provoca simple incapacidad sucesoria, sino algo más importante o completamente distinto. Para que una persona pueda calificarse de capaz o de incapaz es preciso antes que exista; la capacidad, como la incapacidad, presuponen la existencia del sujeto en cuestión.

Tan brillantes argumentos sugestionan y atraen y es muy difícil sustraerse a su influjo y reaccionar contra ellos. Sin embargo, debe hacerse notar que, reducido el tema de los *nondum concepti* a tan estrechos límites, el problema no tendría existencia y, en todo caso, no habría para él más solución que la negativa de la capacidad para suceder, sin posible excepción.

Si nos hallamos ante un problema de existencia y no de capacidad, como afirma Roca Sastre, estaríamos fuera de la esfera jurídica y dentro del terreno de la Ontología, con todas las consecuencias derivadas del principio de la contradicción, base del conocimiento humano, conforme al cual, como es bien sabido, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo respecto.

Cuando negamos al *nondum concepti*, por razón de *inexistencia*, la capacidad sucesoria, creamos un imposible metafísico y la regla así establecida se hace rígida e inflexible, sin que admita desviación alguna en cualquier supuesto, tanto en el tiempo como en el espacio.

La norma creada no tendría excepción posible y, de este modo, las admitidas por el mismo Código respecto a la sustitución fideicomisaria y a las reservas, unánimemente aceptadas por los autores y muy especialmente por Roca Sastre, serían creaciones monstruosas del legislador.

contra las cuales se habrían alzado los juristas en oposición cerrada y contundente.

No hay, pues, problema de existencia. Lo que sucede es que se enuncia deficientemente y se plantea fuera de su órbita, porque en realidad no se trata de los no concebidos, *nascituris*, sino de los *nascendus*, los que han de nacer, y, si se quiere, de los *nascibilis*, los que pueden nacer.

El no concebido y nunca nacido no está dentro de la esfera de actividad de la ciencia jurídica. La impotencia y la esterilidad se estudian en las aulas de la Facultad de Medicina. El Derecho parte de la vida ya creada, siquiera sea intrauterina, para negar personalidad jurídica a las criaturas abortivas y concedérsela a los que nacen con las condiciones legales, que se recogen por el artículo 30 de nuestro ordenamiento positivo.

El problema se refiere concretamente a la capacidad para suceder de quien *nace* después del fallecimiento de otro que le llamó al disfrute de la herencia o de un legado.

La posterior existencia del *nondum concepti* va implícita en el enunciado y es presupuesto necesario del problema que se plantea. Si no se reconoce así, estamos discutiendo un verdadero absurdo.

No es, repito, problema de existencia, sino de mera capacidad; porque lo único que se pretende averiguar, como antes digo, es si una persona *nacida*, pero *no concebida* al tiempo del fallecimiento de quien la instituyó heredera, puede entrar en el goce de la herencia.

De este modo, la cuestión debatida deja de ser pura Ontología para entrar en la esfera del Derecho, y dentro del ámbito a que limito este estudio, de estricto Derecho positivo.

Mas esto obliga a volver sobre los preceptos anteriormente transcritos y a recoger de nuevo la censura formulada contra los autores del Código civil por haber omitido una declaración expresa de incapacidad para suceder, como la contenida en el Código civil de Francia, de los no nacidos o de los no concebidos al tiempo de abrirse la sucesión.

Semejante omisión, como ya vimos, a juicio de Manresa y de otros escritores, pudo ser deliberada, puesto que la hace innecesaria el artículo 29 del mismo Código.

Pero este argumento, que hemos calificado de sugestivo y atrayente, no puede ser aceptado sin ciertas reservas, que arrancan de la misma lectura del artículo 745.

Porque parece lógico pensar que si el legislador estimó ociosa una declaración expresa de incapacidad para suceder de los no concebidos, puesto que el artículo 29 la hacía innecesaria, la misma razón obligaba a omitir la relativa a las llamadas criaturas abortivas, a que se refiere el párrafo primero del citado artículo 745, ya que ellas también carecen de personalidad jurídica y no pueden ser sujetos de derechos, a tenor de lo prevenido en el artículo 30, por estar comprendidos en el 29.

Si la declaración expresa era innecesaria para los primeros, por lo que fué silenciada, también debió ser omitida respecto a las criaturas abortivas, comprendidas en la misma regla y sometidas a la misma ordenación.

Y sin embargo, la Ley calla en un caso lo que declara en otro.

Parece indiscutible que este distinto proceder debe tener alguna justificación, que no puede ser de tan pobre contenido como una mera imputación de negligencia en materia de tanta importancia, sobre todo teniendo a la vista el artículo 725 del Código civil francés, cuyo texto sería cien veces consultado por los autores del nuestro.

A mi juicio, existe una clara y poderosa razón, conforme en absoluto con la tesis que intento defender con este trabajo.

Yo creo que el legislador declaró expresamente la incapacidad de las llamadas criaturas abortivas, porque ellas son *ciertamente inexistentes* y nunca, bajo cualquier supuesto, pueden ser sujetos de derechos. Por el contrario, no declaró la incapacidad de los no concebidos, porque ellos son *inciertamente existentes* y aun *posiblemente existentes*, y, por tanto, pueden en algún momento ser sujetos de derechos.

Conforme a nuestro ordenamiento positivo, pueden suceder por testamento o abintestato los que no están incapacitados por la Ley, y entre los incapacitados por la Ley no figuran los *nascendus* o los *nascibilis*, los que han de nacer o los que pueden nacer.

Son éstos personas inciertamente existentes al tiempo del fallecimiento del testador, y esta condición de personas incertas las permite ser herederas o legatarias, si por cualquier evento resultan ciertas, según dispone el artículo 750 de nuestro Código, incluido, como se sabe, con gran acierto, a mi juicio, pese a alguna opinión contraria, en la sección primera, capítulo II, título III, libro II del Código, que lleva por título "De la capacidad para suceder por testamento o sin él".

Este precepto, tan poco estudiado y tan mal entendido, plantea un nuevo problema: el de las personas *incertas*.

Los autores las distinguen de las *indeterminadas* y de las *desconocidas*; pero, a decir verdad, los esfuerzos hechos para diferenciarlas contribuyen mucho a confundirlas.

Ya la Instituta, en su párrafo 25, título XX, del libro II, ofrece claros ejemplos de tal confusión. "Pero no se reputaba persona cierta, dice Justiniano, la que el testador traía a su memoria de un modo incierto, como si alguno dijese de este modo: "a cualquiera que hubiese dado a su hija en matrimonio a mi hijo, déle mi heredero aquel fundo"; también aquello que se les dejaba "a los que primero hubiesen sido designados Cónsules después de hecho el testamento", se entendía que era legado igualmente a una persona incierta de lo que hay finalmente otros muchos ejemplos."

En la misma confusión incurren la totalidad de los autores, cuyas opiniones son recogidas por Mucius Scevola en sus comentarios al Código civil.

Así, Ascaríos dice que son inciertas las personas que el testador no conoce, ni las que nunca ha visto, sino aquellas de que es imposible formarse una idea clara; ejemplo: el que se case con mi hija.

Para Savigni, es persona incierta la que el testador ha tenido presente como individuo determinado y cuya designación, por tanto, no puede hacer favor a distintos individuos, según distintas circunstancias.

Aubry et Ran, consideran como personas inciertas aquellas cuya individualidad no es aun determinada, ni puede serlo en el porvenir, por la realización de un hecho previsto en el testamento. Cuando se lega al que se casa con una parienta del testador no hay persona incierta, puesto que puede llegar a determinarse.

El propio Mucius dice que para que una persona sea determinada de presente, es decir, sin relación con hecho alguno que deba ocurrir más adelante, es necesario en primer lugar que exista. Y agrega, son personas ciertas de presente aquellas que el testador designa, desde luego, o que podría designar, teniendo datos, por sus respectivos nombres y apellidos. Legó la casa X al que sea Gobernador de el día primero del próximo siglo. Aquí se trata, dice, de persona en realidad incierta. Cuando el testador la nombra no tiene determinación alguna. Por eso, el mismo Código las llama personas inciertas, aunque pueden tornar ciertas, con el tiempo. Pero la determinación, entonces, no es precisamente de la persona, sino la del hecho a que se refiere.

Según se advierte, y hemos hecho notar anteriormente, estas opi-

niones y los ejemplos que las ilustran, son modelos de vaguedad e imprecisión y de arbitrario empleo de los términos: cierto, incierto, determinado, indeterminado, conocido y desconocido, que interesa distinguir y aclarar.

Así, *cierto*, que no es lo mismo que *verdadero*, equivale a real o existente, y cuando califica y sigue al sustantivo, afirma su existencia. Persona *cierta* es persona que existe, como cosa *cierta* es cosa que tiene realidad. Cuando precede al sustantivo, como *cierto* libro, *cierto* lugar, afirma también la existencia del libro o del lugar, aunque no lo individualice o identifique.

Lo contrario de lo cierto es lo incierto o lo dudoso; pues, como afirma Edmond Goblot en su Vocabulario Filosófico, lo que se opone a la certeza es la duda y no la ignorancia; porque de un conocimiento de que se carece, no se puede preguntar si estamos ciertos o dudosos.

Lo incierto, atribuído a una persona, pone en duda su existencia. Persona *incierta* es la que puede o no existir en un momento cualquiera o en determinadas circunstancias. La incertidumbre recae sobre la persona misma, sobre su propia existencia, sobre su propio ser.

Lo indeterminado es, a su vez, lo que no se individualiza entre varios que poseen cualidades comunes, pero no idénticas. Lo que puede ser de varias maneras diferentes o atribuirse a distintos sujetos. La determinación de una persona consiste en la expresión de aquella cualidad que la distingue de lo que no es ella o la diferencia de otras.

Por último, persona conocida es la que está presente en nuestra mente, conforme a su realidad exterior; y desconocida, la que, teniendo existencia real, es ignorada por nuestro entendimiento en sus cualidades individuales.

La diferenciación establecida, notoria en los conceptos, debe ser recogida en algunos ejemplos, que pueden multiplicarse.

Si yo nombro heredero a mi sobrino Luis, combatiente de la División Azul y desaparecido en el campo de batalla, designo a una persona determinada, pero incierta, porque lo es su existencia, ya que mi sobrino Luis pudo perecer en el combate, o morir prisionero en un campo de concentración, o hallarse vivo e incomunicado en tierras de Siberia.

Del propio modo, cuando dejo un legado al mayor de los hijos varones que tenga mi hermano Pedro de su proyectado matrimonio. beneficio a una persona incierta, porque lo es su existencia, ya que mi

hermano Pedro puede continuar soltero, o no tener hijos o carecer de varones.

Por el contrario, si dejo mis bienes al que sea alcalde de Madrid al ocurrir mi muerte, instituyo heredero a una persona cierta, pero indeterminada, puesto que no puedo individualizar entre los vecinos de la capital con capacidad para el cargo, el que lo desempeñe en el momento fijado.

Asimismo es indeterminado el legado hecho a favor de la primera de mis sobrinas que contraiga matrimonio, después de mi muerte.

Ultimamente, cuando ordeno un reparto de cartillas de ahorro entre los nacidos en mi parroquia el día anterior al de mi fallecimiento, hago una disposición a favor de personas ciertas y determinadas, pero desconocidas.

Después de estos ejemplos y de las anteriores consideraciones, me parece evidente que los *nondum concepti*, como personas inciertas, pueden suceder por testamento, si se cumple el evento que las hace ciertas, el cual no es otro que su propio nacimiento, debiendo advertir, para evitar posibles objeciones, que el evento ha de realizarse después de la muerte del testador, pues si se cumpliera antes, no existiría incertidumbre en la persona, que ya sería cierta al abrirse la sucesión, desapareciendo así el supuesto jurídico a que provee el legislador, con lo cual el artículo 750, falto de la base que lo sostiene, sería un precepto inoperante, sin misión alguna que cumplir dentro de nuestro Código.

Por ello me permito afirmar, de acuerdo con la opinión expresada en una breve nota por los traductores y adaptadores de Ennecerus, que puede ser legatario o heredero el nacido después de la muerte del testador, aunque no estuviese concebido en tal momento.

De este modo desaparece, en mi opinión, el principal obstáculo de los señalados por González Palomino para la validez y eficacia, admitidas por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros, de las cláusulas testamentarias que examina en sus celebrados "Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio", sin necesidad de convertirlas en sustituciones fideicomisarias, frente a la letra y al espíritu del artículo 785, que, por ser prohibitivo y formalista, no admite una interpretación extensiva.

Validez y eficacia que se aceptan con menor esfuerzo, cuando se medita sobre la supuesta inexistencia del derecho de usufructo invocada por el mismo autor en los ejemplos que utiliza, puesto que la deriva de

un pretendido silogismo, con las dos premisas negativas, de las que nada puede deducirse conforme a la conocida regla: *Utraque si premissa neget nihil inden sequetur.*

Máxime cuando la demostración indirecta o apagógica que emplea carece de la fuerza probatoria que se deriva de la directa u ostensiva.

Así, utilizando ésta, se puede decir:

Premisa mayor: El usufructo da derecho a gozar y disfrutar una cosa ajena.

Premisa menor: Es así que yo gozo y disfruto esta cosa que no me pertenece.

Conclusión: Luego yo soy usufructuario de esta cosa.

Sin que por otra parte pueda calificarse de antijurídica la situación de la nuda propiedad sujeta al plazo o a la condición, como no lo es la del dominio afecto a las mismas modalidades.

PASCUAL LACAL.

Notario.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1946.—*Maquinación fraudulenta a los efectos de la revisión.*

La cuestión esencial en este recurso consiste en determinar si han existido o no maquinaciones fraudulentas por parte de la sociedad «H. I., S. A.», para obtener la sentencia dictada por el Juez de primera instancia número 14 de esta capital el 24 de julio de 1942, que confirmando la del Juzgado Municipal dió lugar al desahucio de los inquilinos de la casa de que se trata, fundándose el lanzamiento en el propósito de la expresada entidad de derribar el edificio para construir otro nuevo.

No impide en el presente caso entrar a resolver este recurso la doctrina reiteradamente sentada por esta Sala referente a que no puede fundarse la revisión de una sentencia por la causa que se invoca en este recurso en hechos que ya fueron alegados y discutidos en el juicio, pues si bien es cierto que otro de los inquilinos sostuvo, al contestar la demanda de desahucio, que la sociedad propietaria de la finca no tenía intención de derribar la casa y que después de lograr la sentencia dando lugar al desahucio no le sería difícil obtener de las autoridades una dispensa para eludir el derribo, haciendo de ese modo escarnio de la Ley, y que este motivo de oposición fué rebatido en el Considerando quinto de la sentencia del Juzgado Municipal, no lo es menos que no es en ese hecho en el que se basa el actual recurso, que se funda únicamente en que la venta realizada por la «H. I., S. A.», a don S. T. y G. el 12 de noviembre de 1943 ha sido con la finalidad de que no se verifique el derribo, y si previamente logró la sentencia de desahucio fué con la finalidad de vender el inmueble en mayor cantidad, y, por lo tanto, al ser distintos los hechos alegados dentro del juicio y en este recurso, aunque los dos tiendan a demostrar el mismo propósito que se atribuye a la repetida sociedad de encubrir su verdadera intención al promover el desahucio para hacer posible que se dictara una sentencia que de otro modo la legislación vigente impediría, debe entrarse, como antes se indica, a examinar y resolver la nueva cuestión que ahora se plantea.

El solo hecho de que la «H. I., S. A.», transcurrido más de un año desde que se dictó la sentencia recurrida haciendo uso de sus facultades dominicales no restringidas en este particular haya vendido la finca objeto del

desahucio no sería nunca por sí solo suficiente para en buena lógica deducir que el lanzamiento se interesó únicamente para realizar la enajenación del inmueble en mejores condiciones económicas, pues el a esos efectos largo lapso de tiempo transcurrido entre la sentencia y la venta aleja la idea de que el contrato estaba convenido con anterioridad, o por lo menos pendiente de que la sentencia se dictara en ese sentido; pero es que además, y en contra de lo sustentado por la parte recurrente, no sólo está documentalmente probado en el juicio, con la memoria y proyecto de demolición de la finca, los planos de reconstrucción de la misma, la licencia autorizando el derribo el Ayuntamiento y el oficio del Arquitecto correspondiente al Teniente de Alcalde del distrito participándole dirigiría las obras de derribo, que el propósito de verificar éste había empezado a realizarse con aquellos actos preparatorios del mismo que posibilitaban técnica y legalmente su realización, sino que sus actos posteriores a la sentencia, lejos de estar en contradicción con aquel propósito, se encuentran en perfecta armonía con él, demostrando que persevera en el mismo la sociedad al comenzar las obras para llevarlo a efecto e imponer en la estipulación cuarta del contrato de venta, consignada en escritura pública a D. S. T. y G. la obligación que expresamente aceptó de continuar el derribo, justificando, por último, que este comprador no ha dejado en olvido la obligación contraída, la diligencia de reconocimiento judicial practicada en los autos, en la cual los peritos llevados por las partes dictaminaron de común acuerdo que las obras de derribo efectuadas en aquella fecha vienen a representar en unidad de obra de un 65 a un 70 por 100 de la primitiva edificación.

Al carecer de realidad la supuesta maquinación fraudulenta atribuída a la «H. I., S. A.», en que se funda este recurso, resulta innecesario el examinar si se ha promovido dentro de los tres meses que para instarlo señala el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1947. — *Carga de prueba.*

Un equivocado criterio, con base en el desconocimiento por la recurrente del valor probatorio que el artículo 1.218 del Código civil asigna a los documentos públicos, y de la precisa doctrina que regula la obligación de probar, inspira cuanto se aduce y razona en el primero de los motivos del recurso, puesto al amparo del número 1º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para combatir en él la sentencia recurrida acusándola de haber violado el artículo 1.214, por interpretación errónea, y el 1.261, ambos del Código civil, por no haberlo aplicado; porque hace el motivo descansar antes supuestas infracciones en la afirmación de que la prueba de los hechos no incumbe a quien los niega, para deducir de este principio, cierto pero sin la eficacia absoluta de que se intenta investirlo, que en los contratos de compraventa hechos constar por escritura pública en la que los contratantes hayan declarado que el vendedor tenía recibido el precio con anterioridad, ha de bastar al comprador su negativa de este extremo para imponer a aquél la obligación de su prueba y al juzgador, a falta de

ella, la de declarar la inexistencia del contrato por carecer de uno de sus esenciales requisitos, y aparte de que en la sentencia recurrida aparece estimado por la Sala sentenciadora, fundándose en los elementos de juicio que ofrecían las pruebas practicadas en el pleito que concurrieron en el contrato discutido todos los requisitos necesarios para su validez, el primero de los artículos que antes se han citado da fuerza probatoria contra los contratantes a las declaraciones de éstos en documento público, estableciendo así una presunción de realidad respecto a ellos, y a sus causahabientes, de lo por los mismos enunciado; y la inseguridad de que adolece el principio con el que la recurrente pretende amparar su recurso, por envolver muchas veces las negaciones alguna afirmación, ha dado lugar a la ya reiterada doctrina jurisprudencial que define la carga de la prueba al litigante que alega un hecho por el cual persigue el cambio de la situación jurídica existente, doctrina de indudable aplicación al caso litigioso sometido al presente recurso, en el que habiéndose de presumir la realidad y validez del contrato de compraventa celebrado por los litigantes en escritura pública otorgada con todos los requisitos formales exigidos por la Ley, a la actora y recurrente incumbía probar el vicio por la misma afirmando como productor de la inexistencia de aquel contrato.

SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1947.—Artículo 1.022 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La confirmación de los contratos, de conformidad con lo que previene el artículo 1.310 del Código civil, solamente puede tener aplicación a los contratos meramente anulables, o sea a los que reúnen los requisitos expresados en el artículo 1.261 de dicho Código, pero no a aquellos que por haberse celebrado contrariando una prescripción legal, fundada sobre motivos de orden público, son nulos con nulidad absoluta o de pleno derecho, por lo cual los actos enunciados por el recurrente como demostrativos de la confirmación del contrato, aunque tuvieran por sí mismos virtualidad suficiente para producir tal efecto, carecerían de ella en este caso, por impedirlo la naturaleza de la nulidad de que el contrato está afectado, y tampoco pueden implicar su ratificación, porque la ratificación es un concepto que se refiere al supuesto del artículo 1.259 del Código civil, y rige para aquellos contratos celebrados a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal; pero en el caso actual, hubiera o no mediado la autorización del Juez o administrador, el contrato sería igualmente nulo si no se había celebrado bajo la única forma que la Ley admite, que es la subasta pública judicial, formalidad que no se cumplió, pues el administrador y los demás intervenientes en el contrato lo celebraron privadamente, al margen de toda intervención o autorización judicial para la subasta, que no se produjeron ni fueron en ningún momento solicitadas, y como el recurrente en los motivos cuarto, quinto y sexto del recurso parte del supuesto de que el contrato en cuestión no es un acto nulo de pleno derecho, sino meramente anulable, y de que el demand-

dante realizó actos que implicaban su confirmación o su ratificación y esta hipótesis no es admisible por lo que queda expuesto, procede desestimar los motivos expresados.

SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1946.—*Principio dispositivo en el proceso.*

Presidido el ordenamiento procesal civil que la ley de Enjuiciamiento contiene por el principio dispositivo que en materia de prueba deja a la iniciativa de las partes la proposición de la que a su interés convenga y la gestión de los medios demostrativos que utilice para que queden aportados dentro de los términos que, conforme a lo dispuesto por los preceptos que a éstos se han de acomodar, se hayan fijado, no asisten al Juzgado más facultades de índole inquisitiva que las que con límites y finalidad restrictivos de su investigación le conceden los artículos 340, 586, 639 y 652 de la citada ley, ni otras, en orden al impulso y rapidez en la práctica de las pruebas, que las relativas a dictar las resoluciones que los preceptos de aquélla ordenan o que insten los litigantes, sin que la pasividad de éstos pueda ser suplida por el Juez, de cuya carencia de poder en este sentido es claro exponente el artículo 643 de la misma ley. Conforme a este principio de rogación que impide al Juez vencer de oficio los obstáculos y dificultades que en el proceso se opongan a que se practiquen las pruebas de hechos cuya demostración incumbe a las partes que las hayan propuesto, necesariamente se ha de imputar a negligencia de la demandada hoy recurrente el que no se llegara a practicar la de peritos, porque dejó transcurrir el período dentro del que la misma había de serlo sin instar nada conducente a que se recordara o interesase con los adecuados insistencia o apremios la aportación de los datos necesarios para la insaculación requerida por la falta de acuerdo sobre la designación de los peritos; y este abandono o descuido, que es razón fundamental de la resolución denegatoria de la solicitud del recibimiento de prueba pedida por la recurrente en la segunda instancia del juicio, hace desestimable el presente recurso, fundado por aquélla en el número 3.^º del artículo 1.693 de la Ley procesal, que da lugar a la casación por quebrantamiento de forma cuando el recibimiento a prueba se haya denegado siendo procedente con arreglo a derecho, no siéndolo, conforme al número 2.^º del artículo 862, citado también por el recurrente, cuando la causa de no haberse podido hacer la prueba en la primera instancia sea imputable a la parte que la hubiera propuesto.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de abril de 1945.

LA COMPROBACIÓN DE VALORES VALIÉNDOSE DEL ALQUILER EN LA TRANSMISIÓN DE FINCAS URBANAS, ES MEDIO REGLAMENTARIO DE COMPROBACIÓN, SIN QUE PARA ELLO SEA OBSTÁCULO EL HABER EMPLEADO EN PRIMER TÉRMINO LA CAPITALIZACIÓN DEL LÍQUIDO IMPONIBLE, PERO EL DATO DE LA MERCED O PRECIO DEL INQUILINATO HA DE TOMARSE DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO Y NO DE LAS DECLARACIONES DE LOS INQUILINOS.

NO ES DEDUCIBLE UNA DEUDA CONTRA EL CAUSANTE DE UNA SUCESIÓN, CUYA ÚNICA JUSTIFICACIÓN ES UNA CERTIFICACIÓN DEL JEFE DE PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS DEL MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS.

Antecedentes.—Al liquidar cierta herencia, la Oficina Liquidadora comprobó, entre otros bienes, en un expediente de investigación, el valor de una casa, teniendo en cuenta no el líquido imponible, por estimar que de él no se deducía el verdadero valor fiscal, sino el resultante de capitalizar la renta que la casa producía según declaración prestada por los inquilinos ante la propia Oficina Liquidadora.

Recurrida la liquidación, se apoyó la reclamación en que el medio comprobatorio empleado no era reglamentario y que debió emplearse el catastral, y además se pidió que se rebajase una deuda que el causante tenía a favor del Monte de Piedad y Caja de Ahorros, acreditada por medio de la certificación correspondiente.

El primer argumento fué rechazado por el Tribunal Provincial, fundado en que al contribuyente no le podía favorecer la omisión de

obligaciones tributarias, ya que si él las hubiera cumplido otro hubiera sido el valor catastral del inmueble; y en cuanto a la deuda, estaba fuera de duda la improcedencia de su deducción, desde el momento en que la Entidad prestamista no está inscrita en el Comité Central de la Banca ni se había acompañado la póliza original intervenida por Corredor oficial, como manda el artículo 101 del Reglamento.

El Tribunal Central revoca el acuerdo y la liquidación y manda que se practique nueva comprobación, usando de la facultad que concede el artículo 80, de emplear el medio que se estime adecuado, sin que entre ellos se comprenda el de acreditar el alquiler por declaración de los inquilinos, aunque sea en comparecencia personal en la Oficina, ya que lo procedente es exigir la presentación de los contratos de inquilinato.

En cuanto a la aludida deuda, insiste, una vez más, en la interpretación restrictiva del artículo 101, conforme al cual la pretendida deducción no encaja en ninguno de sus apartados.

Prescindimos de todo comentario, por innecesario, dada la claridad del caso objeto de controversia.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de mayo de 1945.

LA COMPROBACIÓN DE VALORES HA DE REALIZARSE ACUDIENDO EN PRIMER LUGAR AL PADRÓN O AMILLARAMIENTO Y REGISTROS FISCALES Y TRABAJOS CATASTRALES APROBADOS, Y AUN CUANDO EL VALOR ASÍ OBTENIDO SEA MAYOR QUE EL DECLARADO, PUEDE ACUDIRSE DESPUÉS, INDISTINTAMENTE, A LOS DEMÁS MEDIOS DEL ARTÍCULO 80 DEL REGLAMENTO.

SI SE UTILIZA UN MEDIO COMPROBATORIO QUE NO SEA EXACTAMENTE UNO DE LOS REGLAMENTARIOS, LA COMPROBACIÓN ES NULA. Y NO ES REGLAMENTARIO EL VALERSE DE UNOS PRECIOS MEDIOS RESULTANTES DE UNOS DATOS EXISTENTES EN UN AYUNTAMIENTO, PERO REFORMADOS Y ADAPTADOS POR LA OFICINA LIQUIDADORA SEGÚN CLASIFICACIONES Y DISTINGOS EN RELACIÓN CON LAS CLASES DE TERRENOS Y CON SU CONDICIÓN.

LOS TRIBUNALES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS TIENEN COMPETENCIA PARA ANULAR PERO NO PARA REVISAR LOS EXPEDIENTES DE COMPROBACIÓN, FACULTAD ÉSTA PROPIA DE LA DIRECCIÓN GE-

NERAL DE LO CONTENCIOSO O DE LAS ABOGACÍAS DEL ESTADO. TAMPOCO LA TIENEN PARA DETERMINAR EL MEDIO DE COMPROBACIÓN QUE HA DE EMPLEARSE, PORQUE ELLO ES FUNCIÓN PRIMITIVA DE LAS OFICINAS LIQUIDADORAS.

Antecedentes.—Al liquidar una partición de herencia, la Oficina liquidadora comprobó las fincas rústicas por valor de cada metro cuadrado a razón de 5, de 4 y de 3 pesetas, y así obtuvo un valor muy superior al que resultaba de la capitalización del líquido imponible.

Sin notificación al interesado del resultado de la comprobación, se giró la liquidación, la cual fué recurrida con apoyo en que el liquidador prescindió de las certificaciones del líquido imponible acompañadas y elevó en más del doble el valor declarado, con olvido de lo dispuesto por el artículo 80 del Reglamento y prescindiendo también de la norma que prescribe que si el liquidador quiere aplicar otro medio comprobatorio distinto del líquido imponible ha de valerse de uno de los previstos en el Reglamento, y en último extremo acudir a la tasación pericial, careciendo de facultades para inventar procedimientos comprobatorios no previstos por el legislador.

La Oficina liquidadora justificó su actuación diciendo que se había valido de precios medios no caprichosos, sino resultantes de los establecidos por el Ayuntamiento a efectos del arbitrio de plusvalía, reformados conforme a las enseñanzas de la práctica en el sentido de hacer clasificaciones y distingos respecto a las diversas clases de terrenos y según los terrenos tengan o no la condición de solares, teniendo en cuenta que la valoración municipal a efectos de dicho arbitrio es un medio de comprobación autorizado por el citado artículo 80.

Confirmó el Tribunal Económico-administrativo provincial la actuación del liquidador y además aceptó la sugerencia de éste en el sentido de que se revisase el expediente de comprobación aplicando sin distingos las valoraciones predeterminadas para la exacción del arbitrio de plusvalía.

El Tribunal Económico-administrativo central revocó el fallo y anuló el expediente de comprobación, ordenando que se practicase otro utilizando los medios ordinarios que el liquidador estime adecuados, y en su caso el de la tasación pericial. Además anuló la liquidación girada, ordenó que se girase otra sobre el valor declarado y dispuso que la nueva comprobación se notificase como el Reglamento ordena.

Para proceder así no hizo el Tribunal central sino atenerse a lo que el artículo 80 mencionado dispone: el liquidador debe acudir primamente a los datos de los amillaramientos y registros fiscales y catastrales, y después, a su elección, a los demás medios reglamentarios, incluso el de la tasación pericial; pero lo que no puede hacer es valerse de un medio comprobatorio no reglamentario, como es el de unos precios medios resultantes de datos del Ayuntamiento respectivo, adaptados y reformados por la propia Oficina liquidadora.

Respecto al acuerdo de revisión de la comprobación tomado por el Tribunal provincial, el Central lo estima impertinente, porque la facultad revisora a quien está atribuida es a la Dirección General de lo Contencioso y a las Abogacías del Estado. Pudo acordar la anulación de la comprobación si la estimó ilegal, pero no tiene atribuciones para disponer que se revise aplicando un determinado medio comprobatorio.

Comentarios.—Son realmente innecesarios ante la claridad del caso y del texto del artículo 80. Por ello solamente es de destacar el sentir categórico del Tribunal sobre la necesidad de que el liquidador se atenga rigurosamente a los medios que el Reglamento le da para buscar el verdadero valor fiscal de los bienes, sin que le sea lícito, acuciado por su celo, emplear otros "ad libitum", no ya distintos de los del artículo 80, sino de los previstos pero desfigurados y reformados por el mismo, como ocurría en el caso que estudiámos, en el que con base en datos oficiales, la Oficina liquidadora formó unos precios medios, acazo más perfectos y ajustados a la realidad económica del término municipal y a las conveniencias del Fisco, pero no autorizados por el texto reglamentario.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 29 de mayo de 1945.

EN LA TRANSMISIÓN POR HERENCIA DE BIENES HIPOTECADOS, CON DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, LA DEDUCCIÓN DE LAS HIPOTECAS, AUN CUANDO NO SE ADJUDIQUEN EXPRESAMENTE BIENES PARA EL PAGO DE LAS DEUDAS QUE GARANTICEN, PRODUCE LIQUIDACIÓN EN EL CONCEPTO DE ADJUDICACIÓN PARA PAGO SOBRE EL IMPORTE DE LAS DEUDAS GARANTIZADAS; Y AUN CUANDO APAREZCAN ÉSTAS CONTRAÍDAS POR LA SOCIEDAD CON-

YUGAL, ELLO NO QUIERE DECIR QUE A LA VIUDA NO SE PUEDAN DEDUCIR Y EN SU CASO ADJUDICAR BIENES QUE REPRESENTEN SOLAMENTE LA MITAD DEL IMPORTE DE LAS DEUDAS.

Antecedentes.—En una herencia con disolución de sociedad de gananciales se dedujeron ciertas deudas hipotecarias, y el caudal líquido así formado se adjudicó a la viuda y los hijos por gananciales y herencia, expresándose en las respectivas adjudicaciones de los inmuebles el gravamen con que éstos se transmitían y adquirían.

Hubo, pues, deducción expresa de los créditos garantizados, pero no adjudicación expresa de bienes para su pago.

La Oficina liquidadora, aparte de las liquidaciones procedentes por herencia, giró otra por el importe de las cargas a nombre de la viuda y por la totalidad de ellas, y la interesada entabló reclamación diciendo que se trataba de cargas deducibles por imperio del apartado 1) del artículo 101 del Reglamento y deducidas efectivamente por los herederos a los que se les adjudicaron, sí, los bienes con la carga real, pero no especialmente, otros bienes distintos y que por ello no hay tal adjudicación para pago, aparte de que el ser deducibles las cargas significa que no deben tributar so pena de dejar sin efecto la deducción. Añadió, por fin, que tal era la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1917 y 21 de abril de 1936, y que, en último término, si en la testamentaría no se hubiesen mencionado las hipotecas, los créditos que ellas garantizaban no se hubieran deducido y hubieran resultado beneficiados los herederos, y la viuda reclamante vería aumentado su haber en el 50 por 100 de tales créditos y sobre él habría tributado al 0,60 en vez del 5 por 100 aplicado.

El Tribunal Provincial Económico-administrativo acordó confirmar el concepto de adjudicación aplicado y reformó la liquidación en el sentido de que debía girarse no a nombre de la viuda, como había hecho la Oficina liquidadora, sino a cargo de los herederos, y el Tribunal central dijo que las mencionadas deudas eran deducibles y que procedía la liquidación de adjudicación para pago, si bien, no a nombre de la viuda solamente, sino también a nombre de los herederos.

Los razonamientos tenidos en cuenta son que con arreglo a los artículos 100 y 101 del Reglamento, las hipotecas no se consideran como cargas, pero ello no impide que las deudas que garanticen se deduzcan y que se practique la pertinente liquidación en pago o para pago de las

mismas, a lo cual añade el apartado 13) del 2.^o de esos artículos que, si se hace adjudicación expresa de bienes para el pago, se le liquide al adjudicatario y, caso contrario, al heredero.

Respecto a las sentencias invocadas dijo el Tribunal central que en los casos en ellas discutidos no se trataba de herencias, sino de contratos onerosos, a los que se aplican los apartados 3) y 4) del citado artículo 100, según los cuales las cargas en esos contratos se presumirán deducidas por los contratantes al fijar el precio, sean o no deducibles, y si no lo son se adicionarán al precio para fijar la base liquidable. Por eso —añade la Resolución que comentamos—en los casos de aquellas sentencias, por tratarse de bienes gravados con hipoteca, que eran aportados a una sociedad, se resolvió que no había lugar a deducir la carga ni a girar liquidación para pago, sino que debía exigirse el impuesto por el total valor de los bienes y por el tipo de aportación social.

Respecto de si en el caso la liquidación por adjudicación debería girarse por la mitad de las deudas por afectar en esa proporción a los bienes gananciales que la viuda adquiere, el Tribunal rechaza tal concepción jurídico-fiscal, porque lo primero que hay que determinar para saber si hay gananciales son las deudas que la sociedad pueda tener y rebajarlas, con lo cual quedan determinados aquéllos y queda evidente también que tales deudas no pueden atribuirse en parte a la herencia del causante y en parte al cónyuge sobreviviente.

Comentarios.—Realmente, bien pudieramos prescindir de ellos, ya que la posición jurídica y dialéctica de la Resolución de que se trata es tan firme y clara, como endeble la de la parte recurrente.

La primera parte de la cuestión sólo puede sostenerse confundiendo los conceptos fiscales de "carga" y de "deudas deducibles" y, sobre todo, desconociendo que quien hereda una finca hipotecada y como tal heredero se le adjudica después de haber sido deducida, o dicho de otra manera, descontando de la tasación el importe del gravamen hipotecario, es claro que por el concepto de herencia no adquiere más que la parte de casa o de finca equivalente al valor que resulte una vez hecha aquella deducción o minoración, pero no es menos claro que el resto del valor del inmueble también lo adquiere, no ya por herencia, sino por otro concepto que, en el caso propuesto no puede ser más que en el de adjudicación para pago. Esa es la figura jurídico-fiscal que se origina y no puede ser otra, so pena de admitir una adquisición y con ella un Enriquecimiento situado arbitrariamente fuera de los linderos del im-

puesto sin que éste lo catalogue entre los actos exentos o no sujetos.

Le segunda cuestión es tan clara como la precedente, fiscalmente hablando y también dentro de las normas sustantivas civiles, porque decir que las deudas de la sociedad de gananciales afectan a la herencia del causante y a la parte que en ellos tenga el cónyuge superviviente, vale tanto como olvidar que a quien afectan es al patrimonio de esa sociedad y que por ello hay que deducirlas previamente para determinar ese haber y repartirlo, después de haber adjudicado bienes de la misma para pagarlas.

Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central de 19 de junio de 1945.

LA EXENCIÓN DEL CONTRATO PRIVADO DE VENTA DE LOS PRODUCTOS DE UNA FINCA A TÍTULO DE ARRENDATARIO DE LA MISMA, REQUIERE QUE ESA CUALIDAD SE ACREDITE CON DOCUMENTO ADECUADO, NO SIÉNDOLO LA DECLARACIÓN DE LOS DUEÑOS DE LA FINCA NI AUN ACOMPAÑADA DE UNA CERTIFICACIÓN DEL ALCALDE EN EL MISMO SENTIDO, MÁXIME SI LA CUANTÍA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ES SUPERIOR A MIL QUINIENTAS PESETAS.

Antecedentes. — En virtud de expediente de investigación se presentó a liquidación un contrato privado del que resultaba la compra de 66.000 kilogramos de aceite, siendo calificado y liquidado como transmisión de bienes muebles.

Se entabló recurso con fundamento en que el acto estaba exento conforme al número 8.^º del artículo 6.^º del Reglamento porque el vendedor era arrendatario de la finca de donde procedía el producto vendido, justificándose el hecho con declaración jurada de los dueños de la finca y con certificación del Alcalde, en la que se expresaba además que en ella se producía aceite en cantidad suficiente para obtener con exceso la vendida.

La reclamación fué desestimada en primera instancia por entender el Tribunal Provincial que el vendedor del producto no había justificado plenamente su condición de arrendatario, a lo que se opuso en segunda instancia que la justificación aportada no podía rechazarse sin adecuada contraprueba, máxime siendo como son válidos los contratos de arrendamiento de fincas rústicas, de acuerdo con el artículo 2.^º de la

Ley de Arrendamiento de 23 de julio de 1942, cualquiera que sea la forma de su celebración.

El Tribunal Central no accede al recurso porque el contrato de arrendamiento, dada su cuantía, debió constar por escrito según manda el artículo 1.280 del Código Civil, y si bien ese requisito formal no es indispensable para su obligatoriedad, tanto según el Código Civil como según la Ley de Arrendamientos rústicos, es, no obstante, necesario acreditar con prueba adecuada a la naturaleza del contrato, aportada al expediente, su existencia y ella ha de ser el documento público o privado que cada contratante puede exigir con arreglo al artículo 1.279 del aludido Código, sin que pueda ser suplido por las mencionadas declaraciones juradas de los arrendadores y certificación de la Alcaldía.

Comentarios.—Nos parece que el criterio rigorista del Tribunal Central sólo puede tener justificación, y ella relativa, ante el principio general de la interpretación restrictiva de las exenciones, y no ante las normas jurídicas sobre validez, eficacia y justificación formal de los contratos. La cita del artículo 1.279 no nos parece suficientemente convincente porque su imperio no pasa de referirse a los contratantes y deja siempre a salvo la validez y, desde luego, la existencia del contrato, y de la existencia es de lo que aquí se trataba.

JOSÉ M.^u. RODRÍGUEZ VILLAMIL
Abogado del Estado y del I.C. de Madrid