

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXII

Junio 1946

Núm. 217

La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca

CONFERENCIA DE D. RAMÓN DE LA RICA ARENAL, EL 28 DE
FEBRERO DE 1946, EN LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO.

Por vez primera interviene un Registrador de la Propiedad en el curso de conferencias organizado anualmente por esta benemérita Academia, desde 1943, y es de esperar no constituya una excepción. En la intensa labor que brillantemente realiza el Notariado madrileño no pueden, ni deben, estar ausentes los Registradores de la Propiedad, y puesto que la invitación ha sido hecha por voz autorizada, acaso la más autorizada en estos momentos, es preciso acudir al llamamiento y prestar el concurso requerido, en la seguridad de que el alto nivel cultural de los Registradores no ha de defraudar las esperanzas de una aportación científica interesante que impulse el estudio del Derecho inmobiliario hasta sus últimas consecuencias.

Ramón de la Rica ha cumplido como bueno, y a los trabajos publicados en esta Revista añade sus ágiles y diáfanos *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944* y ahora nos obsequia con su conferencia, de excelente exposición, profunda doctrina e irreprochable castellano. No nos extraña, porque su historia científica le garantiza.

Ayer, mejor dicho, anteayer, por tratarse de la segunda decena de este siglo, tuve ocasión de conocer el primer fruto jurídico de su actividad: los *Apuntes de Procedimientos Judiciales*, tomados al oído

en la Universidad madrileña. Y además de conocerlos, tuve que aprenderlos de memoria.

Más tarde, coincidiendo con él en el mismo Escalafón, he apreciado su intensa labor en el Instituto de Reforma Agraria, colaborando en las Leyes y Reglamentos de Arrendamientos, exclusivamente en su parte técnica, y en los demás trabajos allí realizados, con aportaciones de gran valor doctrinal.

Hoy, la convivencia en la Comisión redactora del Reglamento Hipotecario, donde actúa siempre con su modestia habitual, como actuó en la Comisión del texto refundido de la Ley, pero dejando honda huella de su preparación jurídica y de su buen sentido práctico en cada artículo que se aprueba. Algunas veces con su tenacidad característica, cuando entiende que su posición, por ser firme, es la única conveniente.

Y como detalles pintorescos, fuera del área del Derecho, algún ligero coqueteo con la literatura en época juvenil; honestos esparcimientos deportivos futbolísticos; una constante afición por el ciclismo, y hasta insondables divagaciones ajedrecísticas. Actividades polifacéticas no muy acordes con el Derecho hipotecario, pero pertenecientes a su derecho privado.

Tantas coincidencias y una amistad añeja también obligan personalmente; me autorizan a invadir terreno que no me correspondería en otro caso, y realmente disculpan mi osadía de intentar una síntesis clara de su conferencia, sobre todo cuando no tengo necesidad de aprenderla de memoria.

I. DÉBITO Y RESPONSABILIDAD.

La vinculación del sujeto jurídico al cumplimiento de una obligación hace resurgir la responsabilidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, bien personalmente, bien patrimonialmente.

La responsabilidad personal, que antaño podía llegar a la prisión por deudas civiles, hoy se resuelve, en caso de incumplimiento, mediante indemnización de perjuicios o en hacer a costa del obligado. En definitiva, en una responsabilidad patrimonial, total e ilimitada; el deudor responde con todo su patrimonio, presente o futuro, y el acreedor tiene acción personal paralela para hacer efectivo su crédito contra cualesquiera de los bienes, derechos y acciones de aquél.

Como término contrapuesto a la responsabilidad personal genérica existe la responsabilidad real, limitada a bienes determinados, que quedan vinculados específicamente a la obligación y que pone en manos del acreedor un arma eficaz: la acción real, que puede ejercitar directamente sobre estos bienes, cualquiera que sea su propietario. Hemos evocado los contratos de garantía real y, en particular, la hipoteca.

La responsabilidad personal, aunque totalitaria, fracasa si el obligado carece de patrimonio o lo enajena. La patrimonial se adhiere a los inmuebles, cualquiera que sea su propietario. Es más, la responsabilidad patrimonial no impedía hasta ahora el ejercicio de la acción personal, para efectividad de la parte no satisfecha mediante el empleo de la acción real.

II. DÉBITO PERSONAL Y RESPONSABILIDAD REAL EN LA HIPOTECA.

La hipoteca, que se desenvuelve, perfecciona y fructifica merced a un sistema de publicidad jurídica como el Registro de la Propiedad, es un derecho de seguridad, de garantía, que faculta a su titular para promover la enajenación de los inmuebles y recibir con cargo al precio determinada cantidad de numerario para satisfacción de la prestación asegurada.

El acreedor disfruta de la acción real y de la acción personal; el deudor, dueño del inmueble al nacer la hipoteca, puede ser dueño al vencimiento de la deuda. Es el supuesto más normal y corriente. Y surge la duda de si el acreedor está obligado a ejercitar con preferencia la acción real o si puede acudir también a la personal, prescindiendo de aquélla; e igualmente si puede dirigirse contra bienes del deudor distintos de los hipotecados o tiene que accionar con prioridad sobre éstos.

Después de citar a algunos tratadistas, que opinan existe obligación de accionar con preferencia sobre los bienes hipotecados y sólo se puede dirigir el acreedor contra los demás bienes del deudor en el caso de insuficiencia de aquéllos para cubrir el débito y tan sólo en cuanto al déficit no percibido, el conferenciante estima esta opinión como la más razonable, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.928 del Código civil, 919 del Código de Comercio y 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y hace resaltar que entonces la responsabilidad per-

sonal ilimitada, natural consecuencia de la obligación, se presenta como subsidiaria o supletoria de la responsabilidad real, en curiosa reversion.

En este supuesto normal, generalmente la hipoteca muere con la obligación, aun cuando hay casos en que la hipoteca se cancela sin que la obligación quede totalmente extinguida, como sucede si el precio de la venta de la finca no alcanza a cubrir la totalidad del crédito, o bien la obligación puede haberse extinguido y, sin embargo, subsiste con toda su eficacia la hipoteca, como en algunos casos de cesión del crédito.

Pero existen, además, otros supuestos que complican la relación entre el crédito y la hipoteca. Tales supuestos son: 1.º Cuando el hipotecante no sea el deudor, pues entonces las responsabilidades real y personal, se disocian y bifurcan, para no encontrarse sino cuando el propietario asuma la deuda o el deudor adquiera la finca hipotecada. En este caso, el acreedor podrá utilizar la acción personal contra el deudor y la real contra la finca, y si la obligación ha sido satisfecha, la hipoteca queda sin eficacia y el propietario puede esgrimir contra el acreedor las excepciones correspondientes al deudor personal. 2.º Si la finca hipotecada pasa a ser propiedad de un tercero, sin asunción de deuda, también el acreedor tiene derecho a ejercitar su acción personal contra el deudor que ha vendido la finca, sin perder por eso su acción real contra el inmueble. 3.º El supuesto de la cesión del crédito hipotecario, debidamente formalizada e inscrita, en la que pueden jugar los puros principios hipotecarios hasta llegar a adquirirse la hipoteca aun cuando el crédito estuviese extinguido, en razón a la fuerza legitimante de la inscripción no cancelada y de la fe pública registral. 4.º En la figura de la subhipoteca, tan poco clara, sin perfiles en la doctrina ni en la ley, respecto la relación entre el crédito personal de la hipoteca y el crédito personal de la subhipoteca, o la relación entre la subhipoteca y el crédito primitivo. Y 5.º Para facilitar más los problemas, figurémonos que el hipotecante por deuda ajena, transmite onerosamente su finca a un tercero y que el acreedor ha cedido también su derecho a tercera persona.

En algunos de los casos mencionados se ve la influencia directa del derecho de obligaciones, pero en otros apunta ya la posibilidad de la hipoteca desligada del crédito, con vida propia, fenómeno que tiene una realidad en la ejecución por el procedimiento sumario hipotecario.

en el que se elimina toda acción personal y no se hace caso de la obligación garantizada.

III. EL DOGMA DE LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA Y SU CRISIS.

Lo expuesto antes pone en crisis este dogma procedente del derecho romano, en el que la hipoteca presuponía un crédito con el que nacía y moría. Ya la doctrina estudia el crédito y la hipoteca totalmente diferenciados, y con la ley de 1944 parece se ha introducido la doctrina en el articulado del derecho positivo.

El conferenciante examina rápidamente: a) El dogma de la accesoriidad en nuestras leyes antiguas y modernas y en los tratadistas de derecho hipotecario español. b) La construcción doctrinal de que la hipoteca es un derecho real que tiene por regla general relación con los créditos, pero que también puede vivir completamente alejada de ellos. c) Las opiniones de tratadistas extranjeros, como Gierke, Cosak, Fuchs, Wleackner y Heck. Y d) La naturaleza de las hipotecas de seguridad, en garantía de una obligación futura y la deuda territorial, etcétera.

En todo sistema que *ha sido ya*, es menester detenerse a estudiar si lo que *fué* es todavía o cómo es lo que actualmente vive en la realidad y en la conciencia jurídica del pueblo, sin permanecer irremisiblemente anclados en las doctrinas del pasado. Desde el momento en que la vida paralela desde la cuna al sepulcro de la obligación y la hipoteca se desarticula e interrumpe a veces y permanece intangible la hipoteca, aunque el crédito quede paralizado o destruido, hay que llegar a la conclusión de que la hipoteca al nacer es siempre accesoria, pero que a través de diversas vicisitudes, la hipoteca puede llegar en nuestro derecho a sustantivarse, desligándose en absoluto de la obligación o llegando a constituir, en las nuevas modalidades legislativas, algo semejante a una forma de pago de la obligación.

Esta conclusión es un término medio entre las opiniones extremas partidarias del dogma de la accesoriidad e impugnadoras de tal dogma, y la vemos reflejada en las nuevas modalidades de hipotecas de la ley de 1944.

IV. HIPOTECA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Esta nueva modalidad del artículo 140 del texto refundido de la Ley, mejor podría llamarse hipoteca pura o hipoteca autónoma.

Según la exposición de motivos de la Ley, no se ha querido dar carta de naturaleza a la deuda territorial germana, y según autorizado comentarista, es una hipoteca intermedia entre la *Grundschuld* y la hipoteca ordinaria de tráfico. Desde luego, en su constitución es una hipoteca típicamente accesoria, pero después en la vida práctica la obligación morirá en cuanto la hipoteca nazca; se ha creado una verdadera deuda real de la cosa, que en cada momento pesará sobre quien sea dueño de la misma.

El débito personal sin responsabilidad de igual clase; el crédito sin posible acción de ejercicio contra el personalmente obligado, es una entelequia. Quizá la obligación personal quede cumplida mediante la constitución de la hipoteca, que equivaldría a una forma de pago de aquélla, y lo que quede pendiente de cumplimiento sea la obligación real exclusivamente. Quizá también sea herejía jurídica esta osadía conceptual y técnica, pero muchas veces los herejes no sólo son convenientes, sino necesarios.

Al dejar el obligado de ser dueño de la finca, aunque hasta ese momento subsista la obligación muy desdibujada, no hay duda de que desaparece en absoluto; el acreedor no puede ejercitar contra él acción de ninguna clase. Tampoco cabe hablar de asunción de deuda, porque el nuevo propietario no la asume en cuanto a la obligación personal, ni el acreedor presta su consentimiento; el soporte exclusivo de la responsabilidad es la finca y con ella queda obligado con acción real cualquier propietario; en suma, la situación es similar a la hipoteca independiente, y la hipoteca, desligada de la obligación personal, se convierte en un ente jurídico dotado de autonomía.

Parece, según la letra de la Ley, que sólo las obligaciones dimanantes del contrato de préstamo pueden ser garantizadas con esta hipoteca; hay referencia expresa al préstamo hipotecario, acaso inadvertidamente. Pero es preciso reconocer que a esta clase de obligaciones se adapta la hipoteca con facilidad; a las demás, muy difícilmente y sólo a costa de grandes esfuerzos, puede concebirse. Ni las hipotecas de seguridad, ni las hipotecas legales, ni las de constitución unilateral,

tienen marco adecuado para limitar la responsabilidad; si acaso, las hipotecas testamentarias pueden ser propicias, si no existiera el inconveniente de que entonces nacería la hipoteca sin ajustarse al sistema de accesoriedad y de que faltaría el pacto que, según la ley, parece necesario.

Otras cuestiones hace resaltar el conferenciante; tales son las relativas a quiénes pueden constituir esta clase de hipotecas, por ejemplo, en el caso de que los bienes hipotecados no pertenezcan al deudor; así, es aplicable lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley cuando sean varias las fincas hipotecadas con pacto de limitación; y a los supuestos de transmisión del crédito o de la finca, donde el cesionario no tiene relación alguna con el deudor y donde es más lícito asegurar que la responsabilidad personal ha muerto definitivamente. Si la cuestión arranca de insuficiencia del precio de la finca en la ejecución, habrá problemas morales, pero no jurídicos. El pacto de limitación es de contenido aleatorio.

V. HIPOTECA EN GARANTÍA DE RENTAS O PRESTACIONES PERIÓDICAS.

Reguladas por el artículo 157 del texto refundido de la Ley, y dibujadas con ropaje extraño a nuestro sistema, principalmente en cuanto a su ejecución, porque son susceptibles de tantas realizaciones sucesivas como prestaciones queden impagadas, crean problemas delicados. Basta la mención de los siguientes: si las prestaciones que asegure pueden ser perpetuas; si es posible su redención; de qué forma ha de ser valorada cuando se enajene o subaste la finca; qué se ha de hacer con el capital en los casos de expropiación forzosa o ejecución por crédito hipotecario preferente; cómo se obtiene ese capital, si mediante capitalización de la pensión o prestación, o de qué manera, etc.

Algún comentarista afirma que en ellas se ha querido mantener la naturaleza accesoria de la hipoteca, eliminando todo posible carácter abstracto o de carga directamente real, como la *Grundlasten* suiza o la *Rentenschuld* germana (carga rentaria similar al censo o deuda territorial rentaria). Si este fué el propósito, la criatura se escapa a los primeros pasos, del rumbo marcado; tiene alas.

Puede asegurarse toda clase de prestaciones periódicas, ya dimanen de préstamo o de otro tipo de contrato o acto. En ellas se nos esfuma la responsabilidad personal, como en las de responsabilidad limitada,

en razón a que no responde el deudor personalmente, a que el pensionista sólo puede ejercitar la acción real hipotecaria y a que las rentas se aseguran con la responsabilidad real de la finca.

Si fué constituída unilateralmente, como en las hipotecas testamentarias, sin imponerse al heredero o adquirente de la finca la obligación personal de pago, no se ve la obligación personal por ninguna parte, ni como accesoria al nacer, ni como elemento esencial de permanencia en su vida. En caso de ejecución, si el pensionista es adjudicatario, muere por confusión de derechos; queda liberado el deudor; y si el rematante es un tercero, adquiere los bienes con subsistencia de la hipoteca por imperativo legal, sin que la obligación de pago quede en el deudor.

En suma; esta hipoteca tiene el juego propio de las prestaciones censales; el débito y la responsabilidad real quedan unidos, sin bifurcarse nunca, como se bifurcan en la hipoteca normal al enajenarse la finca gravada. La responsabilidad personal desaparece al nacer si se pacta la limitación de la responsabilidad y en todo caso de enajenación a título oneroso.

VI. SUBROGACIÓN HIPOTECARIA O REVERSIÓN DE HIPOTECA.

El artículo 118 de la Ley, fundado en los más depurados principios de equidad, probablemente no será frecuente en la vida práctica, en cuanto a su párrafo segundo, y caso de serlo, plantearía problemas técnicos semejantes a logogrifos jurídicos.

Una recta inteligencia del precepto centra la subrogación en la garantía hipotecaria, o sea que el deudor se subroga precisamente en la misma hipoteca cuyo crédito ha pagado dos veces; una, al serle descontado por el comprador de la finca, del precio, el importe del crédito; otra, al satisfacer directamente al acreedor el importe del mismo crédito.

Los comentaristas la califican de original o inconcebible y no pretenden desentrañarla. Efectivamente, es el caso más sobresaliente de desvinculación del débito y la hipoteca; con ellas saltan en pedazos, no sólo el dogma de la accesoriadad, sino otros muchos.

Con la escritura de carta de pago, el crédito y la obligación personal se extinguen y, sin embargo, la ley dispone que la hipoteca siga viviendo y en beneficio del deudor, que ahora es acreedor del compra-

dor que retuvo o descontó del precio el importe del crédito. Además, como en la escritura el acreedor consiente en la cancelación, la hipoteca también muere y hasta podrá ser cancelada en el Registro y, sin embargo, la ley la resucita y la otorga fuerza ejecutiva.

Esta subrogación de hipoteca no se sabe si habrá o no de inscribirse a favor del nuevo titular; por qué título; cómo puede inscribirse sin consentimiento del propietario de la finca; ni cómo inscribir lo cancelado. En otro caso, tendríamos una hipoteca que podrá ejecutarse sin ser inscrita en el Registro.

Produce una triple novación; cambia el titular hipotecario, antes el acreedor y ahora el deudor; cambia el deudor, que antes era el vendedor de la finca y ahora es el comprador; y cambia la obligación asegurada, que antes dimanaba del préstamo y ahora de la compraventa con retención o descuento del precio del importe del crédito.

Se produce, *ex ministerio legis*, de pleno derecho, sin necesidad de cesión de acciones por el acreedor, sin consentimiento del comprador. Será bastante para accionar el título del primitivo acreedor, acompañado del documento que justifique la venta de la finca, con descuento del crédito, y el que acredite el pago hecho por el vendedor al acreedor.

En definitiva, una nueva y *sui generis* hipoteca legal, que tiende a proteger intereses dignos de defensa y que no se inscribe ni se comprende en el artículo 168 de la Ley.

* * *

Y el que quiera saber más o conocer mejor la posición del conferenciante, que he procurado reflejar sin la menor aportación por mi cuenta y riesgo, no necesita ir a Salamanca; le basta adquirir los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo de 1946, y en ellos podrá enterarse íntegramente del fondo y forma del excelente trabajo que he sintetizado, con otras cosas curiosas y amenas para el jurista.

P. C.

Realidad y registro; la acción rectificadora; la anotación de embargo origen de inexactitudes registrales

En el sistema hipotecario español, cuya individualidad acusan, después de muchos años de su existencia, los redactores de la reforma y los tratadistas, los derechos reales nacen extrarregistralmente, según el Derecho común; a virtud de la teoría del título y modo y por ministerio de la Ley. Angel Sanz (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, página 29) nos refiere que la Comisión nombrada para el estudio y redacción del Proyecto de Reforma, en una de sus sesiones, fijó los puntos de vista fundamentales que habían de presidir los trabajos; entre ellos figura, en primer término, el siguiente: «El Código civil debe ser respetado íntegramente; sus reglas sobre adquisición del dominio y derechos reales se adaptan con precisión ejemplar a la realidad de la vida española, siendo perfectamente aplicables, por su flexibilidad, a todo el territorio nacional, no obstante las diversas peculiaridades existentes entre unas y otras regiones españolas.» Este punto de vista es un tributo de respeto al rigor científico con que los primeros redactores de la Ley Hipotecaria implantaron el sistema. Y con arreglo a él, los Registros de la Propiedad recogen, publican y amparan los derechos reales dentro de los requisitos de legalidad, facultad dispositiva y buena fe del inscribiente; pero no crean derechos reales. ¿Hasta qué extremo es esto exacto?

Creados los derechos extrarregistralmente y siendo la inscripción voluntaria, ocurre frecuentemente que algunos títulos no ingresan en el Registro y se opera una disconformidad entre éste y la realidad jurídica, a la que la nueva Ley llama adecuadamente inexactitud registral, o, lo que es lo mismo, que el Registro no responde a la verdad y se debe rectificar. Por eso, lógicamente, la acción rectificadora no se concede al titular inscrito, sino que com-

pete a quien ostente la realidad jurídica, y así la Ley la proclama inseparable del derecho inmobiliario de que se derive. Pero la Ley, que al enumerar los diversos supuestos de inexactitud hace como una reiteración de su deseo de que el Registro responda y refleje la verdad, no se muestra con imparcialidad cuando se trata de un titular extrarregistral frente a otro inscrito, pues le coarta su acción rectificadora con la amenaza de una expresa imposición de costas si la rectificación registral que pide no llega a prosperar íntegramente.

En este punto, el artículo 33 de la Ley de diciembre de 1944 resulta incongruente consigo e inconsecuente con la exposición de motivos y con la Ley. Lo primero, porque siendo reiterado deseo amoldar el Registro a la realidad, no se deben poner trabas a dicho fin; lo segundo, porque en la Exposición de Motivos se promete «una mayor facilidad para mantener el adecuado paralelismo», y porque la misma Ley, al declarar que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos y conceder la acción rectificadora por causa de nulidad o falsedad, se remite a los Tribunales de Justicia, ante los que se ventilarán *fundamentos de Derecho* que en buena lógica no deben determinar una expresa condena de costas.

Pero esto es más aparente que real, porque la finalidad de este inciso de costas es complementar el principio legitimador, confirmando al titular inscrito la *tranquilidad* de que, en el caso de ser molestado por otros, no sólo será mantenido en los derechos inscritos, sino que no padecerá quebranto económico. Es un privilegio más derivado del Registro de la Propiedad. Y hasta cierto punto viene a ser una consecuencia de los principios hipotecarios. La Ley ha de proteger al titular inscrito en los términos que derivan del Registro, y los Tribunales, además, teniendo en cuenta el factor psicológico o moral del inscribiente. Y ello ha de ser así aunque las titularidades anteriores adolezcan de defectos que no resulten de la inscripción. Lo esencial es que en el titular inscrito concurren todos los requisitos del verdadero tercero hipotecario. Quien adquiere de un heredero voluntario inscrito, después de dos años de la fecha de defunción de su causante, o de algún otro titular inscrito cuyos derechos «non sanctos» no resulten del Registro, si en ese adquirente concurren las premisas legales, puede estar tranquilo de su derecho y de su bolsa. Y hemos dicho que las costas vienen

a ser una consecuencia de los principios hipotecarios, porque cuando el tercero lo es de verdad, entonces no procede concordar el Registro con la realidad, sino todo lo contrario, pues la realidad cederá ante el Registro.

Esto tiene, además, un fundamento perfectamente racional, ya que el único responsable de una discrepancia entre realidad y Registro es aquel que teniendo derechos o títulos civiles, perfectos o imperfectos, de naturaleza real, comete la irrespetuosidad legal por incuria, negligencia o cualquier otra causa, de no amparar aquellos derechos con la investidura de una solemnidad hipotecaria que el mismo Código civil proclama como el «habeas corpus» de la propiedad inmueble. Esta consideración pone de relieve que el principio legitimador, a más de sus efectos positivos civiles, tiene otro de carácter sancionador o penal: castiga con sufrir las consecuencias de su irreverencia o torpeza al que, pudiendo ser verdadero señor, no quiso o no supo serlo.

La doctrina de realidad y Registro puede sintetizarse así: toda discordancia entre uno y otro determina inexactitud registral, pero no siempre procederá la rectificación; ésta requiere el consentimiento del titular inscrito, y para el supuesto de colisión de derechos se mantendrá el del titular inscrito, si es auténtico tercero. Con ello puede llegarse a la conclusión de que la inscripción registral, en determinadas circunstancias, constituye un nuevo modo de adquirir derechos reales.

¿Cómo se producen las discrepancias entre realidad y Registro? El origen se encuentra principalmente en las anotaciones preventivas de embargo provenientes de procesos de ejecución, a las que la Legislación y Jurisprudencia, tanto del Supremo como de la Dirección de los Registros, ha asignado efectos precisos y concretos.

Aunque el sistema hipotecario se refiere a los derechos reales, el Registro admite toda vocación directa o indirecta al derecho real, pero con efectos diferentes. Quien demanda la propiedad de inmuebles tiene una vocación directa e inmediata al derecho real, y la consiguiente anotación lleva en potencia una facultad resolutoria y cancelatoria de todos los derechos posteriores y sus correspondientes asientos, que se hace efectiva cuando, al declararse la existencia del derecho anotado, se convierte este asiento en inscripción. Por el contrario, quien persigue el cobro de un crédito, manifiesta

una vocación puramente personal, de estimación económica, que en sus últimas consecuencias, o se convierte en derecho real mediante adjudicación de los bienes embargados al acreedor en pago de su crédito, o provoca la creación del derecho real a favor de otro para pago del crédito: la vocación real es indirecta.

En estos casos, lo que ingresa en el Registro es un crédito personal; lo que el actor pide al Juzgado es que se condene al pago de una deuda y que, a efectos prelativos, se publique en el Registro la existencia del embargo; los Tribunales no pueden otorgar más de lo que se pide. Consecuentemente, ha habido que proclamar que el ingreso en el Registro de tales derechos no altera su verdadera naturaleza, y con ello un axioma o principio registral. Por tanto, un crédito personal, después de anotado en el Registro, sigue siendo personal y no puede tener, por tal circunstancia, más asistencias legales que las que el Código civil le confiere; el asiento registral le da preferencia sobre los de *igual naturaleza* no anotados o anotados con posterioridad, pero nada más; si choca con derechos reales anteriores a la fecha de anotación, vencen esos derechos aunque se inscriban con posterioridad. Esta es la sana doctrina hipotecaria, atendida la naturaleza de los derechos registrados.

Con arreglo a ella, si el particular A. y la Hacienda municipal X. obtienen anotaciones preventivas de embargo de sus créditos personales, la fecha de ingreso determina la prelación del cobro. Pero cada uno de ellos sigue su procedimiento, uno judicial, otro administrativo, y ambos terminan con la consiguiente subasta y adjudicación a diferentes personas. La fecha de las adjudicaciones determinan el nacimiento de un derecho real para cada uno de los adjudicatarios, exactamente el mismo y repelentes entre sí. De estas dos escrituras es preferente, según el Código civil y los principios hipotecarios, la que primero se inscriba.

En el supuesto de que A. haya anotado; que, seguido el procedimiento, se adjudique la finca embargada a persona distinta del acreedor; que se remitan los autos a la Notaría para el otorgamiento de oficio de la escritura de venta; que en ese ínterin quede vacante la Notaría y se devuelvan los autos al Juzgado, o que fallezca el adjudicatario y haya de reformarse el auto con la designación de herederos a cuyo favor deba otorgarse la escritura. Supongamos que después de la fecha de la adjudicación judicial, pero

antes de que se otorgue la escritura, la Hacienda municipal X. anota su crédito, subasta la finca, otorga escritura que se inscribe, y que de ella compra otro que también inscribe.

¿Qué sinnúmero de problemas no surgirán en este caso? La Hacienda municipal ha perseguido unos bienes que no pertenecen a su deudor civilmente; ha vendido bienes ajenos, pero lo ha hecho mediante una escritura perfectamente inscribible. La Hacienda ha anotado un crédito personal de fecha posterior al derecho real que nació en un Juzgado de Primera Instancia, y al que no puede perjudicar; pero ha creado un tercero hipotecario a quien la Ley ampara.

No se nos escapa que si el adjudicatario del Juzgado hubiese anotado el auto inmediatamente, nada le hubiera ocurrido; pero ello implica una excesiva previsibilidad que la práctica demuestra que no existe, pues, a pesar de mis años de servicios, nunca se me ha presentado un caso de anotar autos de adjudicación con miras a asegurar la efectividad de la escritura.

Pero se nos ocurre preguntar: ¿Acaso esas anotaciones preventivas, en el Derecho hipotecario, no juegan más papel que el derivado de la naturaleza del derecho anotado? ¿Acaso los principios hipotecarios no tienen función en esas anotaciones? ¿Acaso la fe pública registral se limita, como el principio legitimador, a la relación jurídica? ¿Acaso la publicidad del Registro no es una *información oficial*, para que se opere con precaución y cautela? ¿Acaso el que compra una finca con esa anotación de embargo, no corre el riesgo de que se le anticipe a inscribir el que adquiriera en el procedimiento judicial o administrativo que publica el asiento?

Lógicamente, una elemental prudencia exige que el comprador averigüe el estado del procedimiento y en su caso lo finiquite; y si no hace esto, es que no obra de buena fe. Si no lo hace por ignorancia o desprecio, se convierte en un imprudente temerario, culpable por omisión.

Por ello, tales anotaciones preventivas tienen la virtualidad, por el hecho de su publicidad, de implicar una falta de diligencia y buena fe en aquellos adquirentes que menospreciaron sus advertencias; y es de desear que este espíritu llegue a recogerse por los redactores del nuevo Reglamento, para que la buena fe de las adquisiciones resplandezca con los brillantes fulgores que emanan de

los cuerpos limpios, y tranquilicen también a los juzgadores con aquellos sedantes efluvios que emergen de las conductas correctas.

Si esto lograra alcanzarse, quedaría trazado el camino de la sana contratación. De lo contrario, se puede incurrir en anomalías como las siguientes :

a) En nuestro ejemplo, la Hacienda municipal X. anota sobre una inexactitud registral, fuente de irrerealidades dentro de una aparente legalidad, que puede llegar a producir efectos contra la misma realidad jurídica.

b) Corremos unos tiempos de inusitado afán especulativo en inmuebles ; interesa el *negocio*, no la propiedad en su función social y civil ; se invierten los términos lógicos de toda contratación, informándose primero por el Registro y marchando después a *conocer la finca*. Pero hay una quintaesencia en esta contratación, pletórica de todas las agudezas de quien no busca más que dinero. Son los compradores de *derechos inscritos*. Nada les importa la realidad física o jurídica, sino los derechos que derivan del Registro para llegar a crear, con el artificio hipotecario, un tercero que generalmente no logran perfilar. A los Notarios y Registradores les ha salido con ellos un *coco* que todavía no asusta, pero que desprestigia. Sólo fracasan ante los Tribunales de Justicia.

¿Qué compran estos señores? En nuestro ejemplo, los posteriores compradores al adquirente de la Hacienda municipal no han podido comprar más que unos derechos aparentes que constan en un asiento registral ; el dominio de la finca no lo adquieren, porque son inseparables el título y la tradición, y quien no tiene una cosa, no puede entregarla efectivamente ni de manera simbólica o ficticia. Esta verdad civil lo es también hipotecariamente, pues, según los principios, si el Registro publica todo cuanto en él consta, en cambio, sólo legitima las relaciones jurídicas legales, con lo que quedan fuera de la envoltura legitimadora las cuestiones de hecho como existencia, subsistencia, características y peculiaridades del inmueble. Forzosamente ha de ser así por imperativo de la materia, que no la puede crear el derecho.

Y si, según el Código civil, el contrato de compraventa sólo produce la obligación de entregar la cosa y el precio ; si la cosa, en nuestro ejemplo, son unos derechos aparentes comprados con la esperanza de que puedan ser efectivos, ¿ no estaremos frente a aquel

contrato que los romanos llamaron *emptio spei*, pero con el grave inconveniente de que no podrá cancelarse su asiento sin una previa sentencia que así lo ordene? Y si el comprador es hombre de buena fe, que creyó que así adquiriría la finca, ¿no habrá nulidad de contrato por falta de objeto y error en el consentimiento? Y si la nulidad es evidente, ¿puede invocarla el titular civil en una acción rectificadora?

c) Supongamos que la finca embargada por el acreedor A. y la Hacienda X. pertenecen en proindiviso a dos señores; que el deudor es uno solo de los dueños, y a su porción indivisa se concreta la anotación de embargo; que el otro condueño adquiere por el auto judicial en las fechas de nuestro ejemplo, y, por tanto, sin inscribir; que los adquirentes de la Hacienda X. han inscrito, y que el último de éstos, ya tercero hipotecario, pide la división material de la finca y su posesión.

¿Qué de conflictos y colisión de derechos surgirán? Me limito a exponer uno de ellos, que conduce a una verdadera anomalía jurídica.

¡Ese condueño que adquiere, por la adjudicación del Juzgado, la totalidad de la finca con fecha anterior al embargo de la Hacienda municipal X., es un poseedor civil por la cuasiposesión del condominio, de constancia registral, y por un auto judicial dado en procedimiento, cuya existencia consta en el Registro y cuya adjudicación se hace en nombre del titular inscrito. ¡Ejercitará la acción contradictoria de posesión del artículo 41, basándose en la causa segunda, y vencerá al poseedor tabular.

Llegado este momento nos encontramos con que el artículo 24, que legitima la titulación inscrita con la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito a favor del inscribiente, protege en la titularidad inscrita al último adquirente de la Hacienda municipal, pero que la presunción posesoria que este mismo artículo establece no puede nunca hacerse efectiva a tenor del artículo 41 de la Ley. ¿Qué es lo que tiene ese titular inscrito? Pues sólo tiene lo que compró: un derecho aparente sin efectividad alguna; un derecho completamente ilusorio o fantástico.

Todos estos conflictos jurídicos, verdadero semillero de pleitos; todas estas situaciones anormales, neofitadas en el campo jurídico con el bautismo notarial y la confirmación registral; todas estas re-

laciones jurídicas de fondo incorrecto, debemos procurar todos que, si se producen, vayan a la jurisdicción de los Tribunales con el anatema de falta de buena fe; y ello quedaría logrado con que el Reglamento, que, en resumen de cuentas, es un conjunto de preceptos de la misma paternidad que la Ley, advierta que la buena fe contractual no existe cuando, pudiendo conocerse la realidad jurídica por la información registral, se contrata a riesgo y ventura.

Cuando en la vida se inicia una institución, los verdaderos fines que desempeñará en principio se mantienen siempre, a pesar de sus evoluciones progresivas. Así ocurre con la publicidad. En sus primeros momentos hizo un simple papel informativo (los mojones hipotecarios del Atica que la Arqueología ha descubierto); más tarde alcanzó efectos jurídicos negativos al considerar inexistentes los títulos no registrados (ésta parece ser la primera manifestación de la publicidad en el Registro de tierras, que, con sus índices inclusive, estableció el Derecho romano provincial en Egipto), o al declarar que aquellos títulos de que no se tomó razón no perjudican a tercero (nuestras antiguas Contadurías y Oficios de hipotecas), y, por último, se perfecciona con unos efectos positivos al amparo del ideológico artificio de la legitimación. Pero, a pesar de esto, aquella inicial función informativa tendrá que ser clave para cualificar la buena fe.

Pero si el Reglamento no recogiera esta sugerencia, pueden lograrla y evitar discordancias entre realidad y Registro los señores Notarios a quienes la ciencia del Derecho notarial atribuye tres suertes de actividad profesional: una, relativa a hechos, a la parte expositiva de la escritura, o premisa menor; otra, relativa a la aplicación del Derecho, o premisa mayor, y otra intermedia, de aplicación de las enseñanzas de su práctica profesional, llamadas «máximas de experiencia» y «standard jurídicos» (Castán: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, pág. 106). Dentro de estos «standárd», al igual que el Notario hace saber al comprador la posibilidad de un retracto si la finca está arrendada, o la necesidad de una comunicación forestal, si tiene montes, debe hacer saber también la posibilidad de venta judicial o administrativa, si la finca se halla afecta a anotaciones de embargo.

Cotitularidad y comunidad

Gesammte Hand o comunidad en mano común (*)

II.—LA COMUNIDAD EN MANO COMÚN EN EL DERECHO ESPAÑOL.

A) *La comunidad en mano común en la doctrina y en la jurisprudencia españolas.*

La distinción entre la comunidad en mano común y la comunidad por cuotas ha tenido repercusión en algunos ordenamientos modernos. Así, el Código civil alemán, para el caso en que un derecho pertenece a varias personas, admite dichas dos situaciones de cotitularidad, si bien, en la duda, presume existente la comunidad romana o por cuotas ideales (§ 741) (1), y aplica la comunidad germánica para la ordenación jurídica de la comunidad hereditaria, la sociedad civil y la comunidad conyugal de bienes (2). Igualmente, o en términos análogos, el Código civil suizo (3).

No ocurre lo propio en los Códigos del grupo latino, los cuales sólo acogen la comunidad romana o por cuotas. El nuestro, influido por el francés y por el Derecho romano, no trata orgánicamente más que la comunidad por cuotas intelectuales o abstractas (4 y 5).

(*) Véase el núm. 215 de esta REVISTA.

(1) Vid. Wolff: *Derecho de cosas*, vol. I, págs. 548 y sigs.

(2) Cód. alemán, párrafos 741 y sigs., 705 y sigs., y 1.437 y sigs.

(3) Código civil suizo, arts. 646 a 654, 215 y sigs., 544 y 602 y sigs.

(4) Cfr. Castán, *Derecho civil*, II, págs. 196 y 197; Pérez y Alguer, *Notas a Enneccerus. Derecho de obligaciones*, vol. II, pág. 429; Valverde: *Tratado de Derecho civil español*, II, 1910, pág. 238.

(5) Vid. art. 392 y sigs. del Código civil español.

Algunos escritores patrios, con criterio demasiado rigorista, llegan a la radical conclusión de que el Código español no conoce más que el condominio romano y que, por tanto, no es lícito dar carta de naturaleza en nuestro sistema positivo a la comunidad de tipo germánico (1).

Sin embargo, las exigencias de la técnica y las necesidades de una adecuada sistematización jurídica obligan a acudir a la *gesammte Hand* para explicar ciertas especiales relaciones o situaciones en que una cosa, y más generalmente un patrimonio, pertenece conjuntamente a varios sujetos, de tal modo que no pueden ser encuadradas en el concepto del condominio romano o por cuotas.

Cierto sector de la doctrina francesa y especialmente italiana ha hecho uso de dicha forma de comunidad con relación a determinadas figuras e instituciones jurídicas. Esta orientación doctrinal, que tiene sus más destacados representantes en Masse (2) y Ferrara (3), ha sido aceptada por autores del renombre de Chironi (4), Cicu (5) y Antonio Scialoja (6).

Tampoco en la doctrina española faltan autores que hayan hecho de la *gesammte Hand* concreta aplicación a instituciones determinadas, entre ellas, como más señaladas, la comunidad matrimonial

(1) Por ejemplo, Chamorro Piñeiro («Los derechos hereditarios», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril, 1941, pág. 333), tratando de la comunidad hereditaria, dice: «No es preciso—ni parece posible en nuestro sistema legal—salirse del tipo de la comunidad romana, único conocido por el ordenamiento de los derechos sobre cosas.» Igualmente, De la Cámara («El Derecho hereditario in abstracto», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, julio, 1926, págs. 505 y 506) declara que nuestro Código «desenvuelve las ideas de comunidad de bienes y condominio por los cauces del Derecho romano, sin dejar resquicio por donde introducir—como forma de copropiedad—el dominio en mano común de los germanos.»

(2) Masse: *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*. París, 1902.

(3) Ferrara: «Tracce della comunione di Diritto germanico nel Diritto italiano, en *Rivista di Diritto Civile*, 1909, págs. 498 y sigs., recogido en su *Teoría de las personas jurídicas*; vid. también *Trattato di Diritto civile italiano*. Roma, 1921, págs. 455 y sigs.

(4) Chironi: «Comunione degli utili fra coniugi», en *Studi e questioni di Diritto civile*, III, págs. 492 y sigs.

(5) Cicu: *Il Diritto di famiglia*, Roma, 1914, pág. 101.

(6) Scialoja (A.): *Sulle origine delle società commerciali*. Torino, 1911.

de bienes, la comunidad hereditaria, el consorcio foral aragonés y los aprovechamientos comunales, en los términos que a continuación se verá al tratar de cada una de dichas entidades (1).

Fuera injusto silenciar la gran labor desarrollada, a este respecto, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, con su técnica siempre moderna y progresiva, al par que serena y estudiada, ha adaptado al molde de la comunidad germánica la sociedad de gananciales, la comunidad hereditaria y la propiedad comunal, llegando incluso, en la resolución de 8 de julio de 1933, a consagrar doctrinalmente la distinción entre la comunidad por cuotas y la comunidad en mano común (2).

Ciertos autores, sin embargo, aun reconociendo la semejanza existente entre la comunidad de derecho germánico y ciertas insti-

(1) Incluso algunos autores intentan una visión más amplia y genérica de las posibilidades de aplicación de la *gesammte Hand*, y así dice el profesor De Castro (*Derecho civil de España*, Valladolid, I, pág. 493, nota 2) que «en el Derecho español se puede utilizar para la sociedad de gananciales, la sociedad familiar gallega, la sociedad continuada aragonesa, ciertos tipos de comunidad, etc.». Y en el mismo sentido dicen Pérez y Alguer (*Notas a Wolff. Derecho de cosas*, vol. I, pág. 553) que «el Código civil no da base para el examen de las dos modalidades de comunidad por cuotas y de comunidad en mano común, siquiera se señalen instituciones especiales donde tiene reflejos la doctrina de la comunidad germánica. ., como son, por ejemplo, la comunidad conyugal y la de coherederos.» Vid también Pérez y Castán, *Notas a Kipp-Wolff, Derecho de familia*, vol. I, págs. 416 y sigs. En análogo sentido, Hernández-Ros Codorniu («Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición. ¿Cuándo se transfieren a la mujer?», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1943, páginas 510 y sigs.) considera como supuestos concretos de *gesammte Hand* la comunidad entre coherederos, la propiedad comunal, la comunidad conyugal, las comunidades familiares del Derecho foral y la sociedad.

(2) «La técnica civil moderna—expresa el ilustrado Centro—ha puntualizado la existencia de dos tipos definidos para los casos en que la titularidad de derechos sobre las cosas viene atribuida simultáneamente a dos o más sujetos: comunidad de tipo romano—*condominium iuris romani*—, en que parece inspirarse nuestro Código civil, y según el cual, la cosa corresponde por cuotas ideales a cada uno de los condóminos, quienes además pueden ejercitar en todo momento la acción de división; y la copropiedad de tipo germánico—*condominium iuris germanici*—, según la que los condueños forman una colectividad a la que pertenece la cosa o derecho, sin que corresponda a ninguno de los que integran aquélla la propiedad de cuota real o ideal, ni la facultad de ejercitar la *actio communi dividundo*.»

tuciones, rechazan su aplicación a las mismas (1). Messineo, por ejemplo (2), comparando la *gesammte Hand* en su forma originaria y primitiva con la comunidad matrimonial de bienes, rechaza su reducción a una idea unitaria por estimar existentes entre ellas determinadas diferencias. Pero este criterio es equivocado, «pues —como dice Ferrara (3)—sabido es que la *gesammte Hand*, como todo otro instituto jurídico, se ha transformado en el transcurso de los siglos, atenuándose y perdiendo alguno de los elementos primordiales; por consiguiente, no basta constatar que algunos caracteres habían llegado a, menos para negarla, sino que debía examinarse si en la ulterior fase de desenvolvimiento jurídico se mantenía este tipo, inspirando la reglamentación de tal régimen entre cónyuges. También la comunidad conyugal moderna del Código germánico no es semejante a la del derecho antiquísimo; sin embargo, ninguno niega la relación de filiación histórica y la persistencia patrimonial relacionada con el vínculo personal de los sujetos, y todas las particularidades de este ordenamiento encuentran la explicación más armónica y transparente en los principios de la comunidad de derecho germánico, mientras que abandonando este hilo conductor se entra en un mar de confusiones y sutilezas».

Por otro lado, no ha de darse nunca al olvido el valor relativo y limitado de los conceptos en cuanto son creaciones lógicas de que nos valemos para una mejor aprehensión de los fenómenos jurídicos que se dan en la vida real. Una institución, un complejo de relaciones jurídicas, pertenece al mundo de los hechos empíricos; un concepto, una determinada categoría jurídica, forma parte del mundo de las ideas, de la Lógica. Una adaptación exacta entre la idea y lo que se trata de representar, entre el fenómeno jurídico y la construcción técnica, es sumamente difícil de conseguir. Los conceptos y las clasificaciones no son, al fin y al cabo, sino esquemas abstractos, recursos o expedientes técnicos que aplicamos a la multiforme variedad de los hechos objetivos para su conocimiento exacto y sistemático; una adecuación perfecta entre los unos y los otros es, puede decirse, casi imposible. De aquí que toda construcción jurídicodogmática, demasiado rígida siempre por muy perfec-

(1) Vid Verga: *Le comunione tacite familiare*, 1930, págs. 136 y sigs.

(2) Messineo, ob. cit., págs. 52 y sigs.

(3) Ferrara: *Trattato di Diritto civile italiano*, Roma, 1921, pág. 457.

ta que sea, ofrecerá resquicios y claros por donde la realidad del derecho vivido, elástica y variable, no dejará de mostrar ciertas peculiaridades irreducibles a ser esquematizadas de modo geométrico. Pero este defecto, inherente a toda construcción técnica, no puede inducirnos al equívoco de rechazarla, siempre y cuando se compruebe su bondad esencial y su valor jurídico, pues de otro modo sólo obtendríamos una masa amorfa de datos y hechos asistemáticos e incapaces de ser objeto de una ordenación verdaderamente científica (1).

Además, y como ha dicho un autor patrio (2), «si nos dejáramos llevar de la corriente de aquellos escritores que, al comparar dos instituciones, cuidan con preferencia de apuntar hasta las más nimias y accidentales diferencias, incurriríamos en el error de desnaturalizar y desarticular el derecho, porque para crear las diversas categorías jurídicas interesa, tanto o más que marcar diferencias, destacar analogías, puntos de contacto, como para formar una cadena no basta con poner los eslabones sueltos, sino que la cadena será útil cuando los tengamos sucesivamente unidos».

(1) «Los conceptos—ha escrito recientemente Carnelutti (Prefacio a la edición española de las *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, traducción de Guasp, Barcelona, 1942, pág. 10)—son precisamente el producto de la anatomía, esto es, del análisis; mejor dicho, son construcciones mentales que nosotros formamos descomponiendo y reconstruyendo la realidad y constituyen el elemento indispensable de la ciencia.» «Mi intención y mi método—prosigue luego, pág. 12—se refieren precisamente a la fusión del conceptualismo y del realismo jurídico. A propósito de lo cual, conviene hacer saber que la concepción realística del conceptualismo no se obtiene en absoluto limitando la formación de conceptos, es decir, contentándose con conceptos menos acabados o, en suma, con medios conceptos; si haber llevado hasta el máximo posible, en los límites de mis fuerzas, la finura conceptual quiere decir conceptualismo, yo soy verdaderamente el conceptualista más intransigente entre los juristas italianos. La verdad es que, en mi opinión, la intervención del realismo para evitar los peligros de esta dirección consiste, por el contrario, solamente en darse cuenta de que una cosa son los conceptos y otra los datos; mientras que éstos se hallan en la naturaleza, aquéllos se hallan en el pensamiento, y, por eso, deben ser comprobados continuamente, atendiendo a la experiencia.» «Un jurista puede multiplicar y afinar sus conceptos hasta el extremo, con tal que los extraiga de la experiencia y los sumerja continuamente en ella, experiencia que no es sólo la Ley, sino su aplicación diaria.»

(2) Donderis Tatay: *La copropiedad*, pág. 76.

B) *El origen histórico de la misma en nuestro Derecho.*

Para negar la existencia de la *gesammte Hand* en los Derechos del llamado grupo latino, ciertos tratadistas se apoyan en razones de tipo histórico. «Cuando, en efecto—dice Messineo (1)—, no se conjetura simplemente, sino que se afirma una verdadera relación genética entre un principio y una institución jurídica, se tiene la carga de hacer tangible la sustancial uniformidad del concepto que inspira a entrambos, y de ahí la constante inmanencia del principio mismo en la comunidad conyugal a través de todo su desenvolvimiento histórico.»

A dicha tesis cabe oponer :

1.º Que afirmar la génesis germánica de una institución no implica desconocer el posible influjo que otros factores extraños al Derecho germano hayan podido ejercer sobre la misma (2).

2.º Que por nuestra parte, y en cuanto al Derecho español se refiere, cuando afirmamos que determinadas figuras jurídicas (comunidad conyugal de bienes, comunidad cohereditaria, propiedad comunal, consorcios domésticos de nuestras regiones de Fuero, etcétera) son situaciones de *gesammte Hand* o propiedad mancomunada, no queremos con ello decir que traigan su causa histórica directamente del Derecho germano, sino simplemente que se trata de supuestos jurídicos que doctrinalmente pueden ser explicados mediante el expediente dogmático de la *Gemeinschaft zur gesammten Hand* o comunidad sin cuotas; esto es, de fenómenos que encajan exactamente en el marco conceptual de dicha forma de cotitularidad, de institutos jurídicos cuya naturaleza, régimen y funcionamiento se adecúan en un todo sustancial a los cánones característicos de la *gesammte Hand* del Derecho de familia germánico.

Es más, y sin que esto suponga desconocimiento o menosprecio

(1) Messineo, ob cit., pág. 47.

(2) Es innegable que en el desarrollo histórico de la comunidad matrimonial como régimen económico debió influir, y en no pequeño grado, la tendencia a una protección cada vez más enérgica de los derechos de la mujer, así como las ideas cristianas sobre la plena compenetración de vida de los esposos. Vid. Messineo, ob. cit., págs. 47 y sigs.; Castán: *Derecho civil*, III. pág. 527.

de las influencias germanas en este punto, hemos llegado al convencimiento más acabado de que dichas situaciones de comunidad tienen su auténtico entronque histórico en el primitivo Derecho celtibérico, en el *substratum* indígena nacional, que ni la dominación romana ni la invasión bárbara pudieron borrar.

Indudablemente—hace notar Cárdenas (1) respecto a la comunidad matrimonial de bienes—, entre los romanos no se conoció jamás este derecho, que era incompatible con la precaria situación jurídica de la mujer.

a) El *origen germánico* de las comunidades matrimoniales de bienes ha sido defendido por Hinojosa (2). «Encontramos en todos los Estados cristianos de España—dice el ilustre historiador de nuestro Derecho—la comunidad absoluta de bienes como régimen preferido para ordenar los de los esposos, con los nombres de *germanitas*, *hermandad*, *hermanamiento*, *agermanament* y a veces *unitas*. La extensión con que se usa, difícilmente explicable por haberla tomado unos Estados de otros, conduce a establecer la conclusión de que la comunidad de bienes procede del Derecho consuetudinario visigodo.» También Cárdenas (3) cree que el origen de los gananciales se encuentra en las primitivas costumbres de los godos (4).

El primer texto legal, al parecer de Recesvinto, que se ocupa de la materia es la ley 16, título II, libro IV, del *Liber Iudiciorum*, y cuyo objeto es determinar que los gananciales se dividan en proporción al capital que cada uno hubiese aportado al matrimonio. Sin embargo, hay razones suficientes para creer, y así lo estiman gran número de autores (5), que los gananciales existían ya mucho

(1) Cárdenas: «Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio», en sus *Estudios jurídicos*, II, Madrid, 1884, pág. 63.

(2) Hinojosa: *El elemento germánico en el Derecho español*. Madrid, 1915, págs. 19 y 20.

(3) Cárdenas, ob. y lug. cit., págs. 68 y sigs.

(4) Igualmente Brocá (*Historia del Derecho de Cataluña*, I, Bosch, Barcelona, 1918) sostiene la filiación germánica de los restos que de la comunidad matrimonial de bienes quedan en algunos lugares de Cataluña.

(5) Hinojosa, ob. cit., pág. 11; Cárdenas, ob. y lug. cit., págs. 65 y sigs.; Castán, *Derecho civil*, III, págs. 586 y 587; Pérez y Castán, *Notas a Kipp-Wolff, Derecho de familia*, vol. I, pág. 269.

tiempo antes de que el *Liber* los regulara, y que la ley recesvintiana no hizo más que reconocerlos, modificando tan sólo la forma de distribución de las ganancias obtenidas, las cuales, según parece, con anterioridad se partían por mitad entre los cónyuges, con independencia absoluta de la cuantía de los bienes por cada uno aportados. Y esto se comprueba si consideramos que en los documentos castellanos y leoneses de los siglos x y xi, la distribución de los bienes gananciales se pacta siempre por mitad (1), lo cual es un dato en favor de la existencia de una costumbre anterior a la mencionada ley de Recesvinto, que no pudo ser destruída por ésta y siguió observándose, siendo consignada, además, en su forma primitiva en los Fueros municipales e incluso en el Fuero Viejo de Castilla (2), y posteriormente en el Fuero Real (3).

Ahora bien: si admitiéramos con dichos autores que estas comunidades son manifestaciones de un Derecho godo consuetudinario, ¿cómo explicar su existencia en ciertas regiones de la Península que ni fueron ocupadas por los visigodos, ni sufrieron germanización alguna? (4). En efecto, algunas regiones del centro de Es-

(1) Vid. los documentos que cita Cárdenas, ob. cit., II, págs. 77 y 78.

(2) Fuero Viejo de Castilla, ley 1.^a, tit. 1.^o, lib. V.

(3) Fuero Real, ley 1.^a, tit. 3.^o, lib. III.

(4) La subsistencia en las fuentes del Derecho medieval español de instituciones jurídicas desconocidas o combatidas por la *Lex Wisigothorum*, ha inclinado a muchos autores a considerar este fenómeno como signo de pervivencia de un Derecho consuetudinario visigodo opuesto en diversos puntos al que en la *Lex* se contiene (Hinojosa, ob. cit., págs. 7 y sigs., con abundante bibliografía). Pero—como observa García Gallo (*Historia del Derecho español*, I, Madrid, 1941-1945, 2.^a edic., págs. 376 y 377, nota 28)—«esta teoría no explica cómo el Derecho de Castilla, Navarra y Aragón en la Edad Media es germánico, siendo así que estos tres territorios están habitados por una población que ni es visigoda, ni ha sido dominada por los visigodos, ni ha experimentado posteriormente una recepción jurídica visigoda. La coincidencia entre este Derecho y el germánico es indudable. Pero, en cambio, no se muestra que aquél proceda de éste. Sin duda, ocurre aquí lo que en otros territorios del mundo romano, es decir, se trata de supervivencias del Derecho romano vulgar.» Vid también Ríaza-García Gallo, *Manual de historia del Derecho español*, Madrid, 1934, págs. 108 y 211. Otros autores han sostenido que al perderse, con el choque de la conquista árabe, la legislación visigoda, reaparecieron, quedando al descubierto, los estratos primitivos del Derecho indígena nacional. Vid. Pérez Pujol, *Historia de las Instituciones sociales de la España goda*, I, Valencia, 1896, pág. 15, nota 2, y Prólogo a

paña, la zona pirénaica y, especialmente, Vasconia, puede decirse que no sintieron el influjo gótico. Y, sin embargo, en todas estas regiones de la Península la comunidad matrimonial de bienes, con diversas formas y denominaciones, muestra especial arraigo y desarrollo: piénsese en el consorcio conyugal, régimen legal vigente en Aragón, así como el pacto de hermandad llana, practicado en la parte alta del mismo antiguo reino (1), en la comunidad vizcaína (2), en las conquistas de Navarra (3), en la comunicación universal de bienes del Fuero del Baylío (4), en el pacto de la *convivença en mitja guardanyeria* del valle de Arán (5), en el matrimonio *per carta de a metade* de Portugal, recogido en el Código vigente (artículo 1.108) (6); en el antiguo Fuero de Vicedo, que regía

Comas, *Proyecto de Código civil: Enmienda presentada al Senado*, Madrid, 1885, pág. XIV; y Bernaldo de Quirós, artículo «Derecho español», en *Enciclopedia Jurídica Española*, XI, pág. 133.

(1) Isábal: «Pacto de hermandad», en *Enc. Jur. Española*, XXIV, páginas 180-182; Costa: *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, I, págs. 205 y sigs.

(2) Por influjo del principio de troncalidad, la comunidad de bienes del Fuero de Vizcaya (ley 1.ª, tít. 20), es absoluta o limitada, según que al disolver el matrimonio haya o no hijos legítimos. Angulo Laguno, *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, págs. 223 y sigs.

(3) Vid Yaben y Yaben: *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916.

(4) Es un punto muy discutido si en la actualidad tiene vigencia o no el Fuero del Baylío, pero por la afirmativa se ha pronunciado reiteradas veces la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros. Puede verse en este sentido, como más reciente, la resolución de 11 de agosto de 1939. Vid. Martínez Pereda: «El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho celtibérico», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, marzo y mayo 1925; Borralló y Salgado: «Fuero del Baylío». *Estudio históricojurídico*, Badajoz, 1916; Bozá y Vargas: «El Fuero del Baylío», 1938; Arribas Portales: «Algunas anomalías del Fuero del Baylío y de su aplicación conjunta con instituciones del Código civil», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, abril 1945; y Castán: *Derecho civil*, I, edic. de 1924, págs. 875 y siguientes.

(5) Al parecer, hoy en desuso. Vid. Brocá: ob. cit., pág. 844; Borrell y Soler: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.ª edic., IV, Barcelona, 1944, página 322.

(6) Es una comunidad universal análoga, por no decir idéntica, a la del Fuero del Baylío.

en algunos lugares de la provincia de Santander (1); en la comunidad de bienes entre los cónyuges que se originaba, según el Fuero de Oviedo de 1145 (2), por el nacimiento de un hijo, y, finalmente, en la propia sociedad de gananciales de Castilla.

Pues bien, en todas estas comarcas y regiones no germanizadas existe, como vemos, la comunidad de bienes en el matrimonio. ¿Cómo se explicaría esto si dicho régimen económico matrimonial procediera directa y exclusivamente del Derecho visigodo, si hubiera sido una aportación germánica al acervo de nuestro Derecho nacional? (3). Indudablemente, se trata de instituciones que provienen del primitivo Derecho celtibérico, el cual, en contacto con el romano, dió lugar al llamado *Derecho romano vulgar*, en parte romano y en parte indígena, en distinta proporción según las regiones (4).

(1) Por este Fuero, con vigencia en el llamado valle de Eviceo o Vicedo (Laredo, Ampuero, Seña, Cerecedo, etc.), los cónyuges que no renunciaban al mismo se comunicaban y adquirían por mitad, al año y día de casados, todos los bienes que llevaron al matrimonio y los que hubiesen adquirido o heredado por cualquier título durante el mismo, quédense o no hijos. El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de junio de 1869, lo rechazó como costumbre derogatoria por no estar acreditado que dicha práctica se hubiese observado general y constantemente en Laredo por más de diez años, y que en este mismo tiempo se hubiesen dado conseqüentemente dos juicios por ella. Vid. Costa: *Derecho consuetudinario*, I, págs. 206 y sigs. En opinión de Isábal («Pacto de hermandad», en *Enc. Jur. Esp.*, XXIV, págs. 180-182) dicha comunidad todavía se pacta en algunos lugares de Santander.

(2) Vid. Fernández Guerra: *El Fuero de Avilés*, pág. 126.

(3) De Ruggiero (ob. cit., I, pág. 817) rechaza, con relación al Derecho italiano, la tesis germánica sobre el origen de la comunidad conyugal de bienes, por estimar que hay vestigios de la misma en algunas regiones de Italia (Cerdeña, Sicilia, Istria y Piamonte) que se sustrajeron al influjo del Derecho germánico. Y en el propio sentido se expresa Verga (*Le comunione tacite familiare*, 1930, págs. 22 y sigs.) respecto a los consorcios familiares.

(4) Vid. García Gallo: ob. cit., I, págs. 132-133, 316 y 376. Como dice este autor, la aportación indígena no fué igual en todas las regiones, pues dependía del grado de romanización de las mismas; así, fué mayor en el interior de la Península, y sobre todo en Vasconia, que en el Levante y Sur. Vid. también Altamira: *Cuestiones de Historia del Derecho y de legislación comparada*, Madrid. 1914, págs. 94-95. Está acreditada en otros muchos lugares del Imperio la existencia del Derecho romano vulgar. Roberti: *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, pág. 7.

Hay, además, otras razones en contra de la filiación exclusivamente germánica de las comunidades conyugales de bienes. Los visigodos y demás pueblos bárbaros que invadieron la Península Ibérica constituyeron siempre una reducida minoría frente a la población hispanorromana (1), por lo que no parece natural, ni siquiera probable, pensar que esta última aceptara las costumbres de aquéllos. Buena prueba de ello nos la suministra el hecho de que las leyes visigodas en muchos lugares no se aplicaron. «La *Lex Wisigothorum*, considerada como un triunfo del Derecho romano y de la influencia eclesiástica sobre el Derecho consuetudinario germánico—reconoce el propio Hinojosa (2)—, no llegó a aplicarse en muchos casos. Algunas de sus disposiciones tal vez no se observaron jamás; otras lo fueron sólo donde la fuerza del Poder central logró, por distintas causas, afirmarse de una manera sólida; otras rigieron transitoriamente.»

b) En favor de la *tesis celtibérica* (3) abogan, además, consideraciones de otra índole. España se romanizó mucho menos de lo que ordinariamente se cree. Muchas regiones permanecieron impenetrables al Derecho romano y siguieron rigiéndose por sus costumbres. Por otro lado, en mucho tiempo ni siquiera Roma se propuso aplicar su Derecho, y ello es natural si se recuerda el carácter marcadamente nacional, privilegiado y exclusivista del *ius civile*. Sólo a partir de Vespasiano y Caracalla se intenta sustituir el Derecho indígena por el romano (4), pero sin conseguirlo realmente, pues aquél siguió aplicándose de hecho. Si consideramos lo nominal de la dominación romana sobre ciertas regiones españolas (Lusitania, Navarra, Cantabria y Vasconia), la crisis de la vida romana

(1) Cuando sobreviene la invasión bárbara se calcula en nueve millones de hispanorromanos. Se carece de datos para determinar con exactitud el número de godos, suevos, vándalos y alanos; pero, según la opinión más probable, el total de todos ellos no pasaba de trescientos mil. Vid. García Gallo: ob. cit., I, págs. 288-289, con abundante bibliografía sobre el tema.

(2) Hinojosa: ob. cit., págs. 10-11.

(3) El origen celtibérico del régimen de comunidad en el matrimonio es sostenido por Ureña: *Historia de la literatura jurídica española*, I, 2.ª edic., Madrid, 1906, pág. 251; y *La legislación gótico-hispana*, 1.ª edic., Madrid, 1905, pág. 32; Martínez Pereda: ob. y lug. cit.; Pella y Forgas: *Código civil de Cataluña*, I, 2.ª edic., I, Barcelona, 1943, págs. 39-40.

(4) García Gallo: ob. cit., I, págs. 128-129; Broca: ob. cit., pág. 22.

en el Bajo Imperio y el apogeo de la vida rural y local, las dificultades de comunicación, la natural resistencia de los celtíberos a regirse por la Ley romana, la inadaptabilidad de ésta a un medio ambiente tan distinto y la preponderancia de la costumbre sobre el Derecho escrito, necesariamente llegaremos, con el profesor García Gallo (1), a la conclusión de que en el siglo IV el Derecho indígena español era un Derecho vivo, y que, en consecuencia, la vida jurídica de los celtíberos se regulaba sustancialmente por la costumbre nacional (2).

Únicamente en las regiones más romanizadas es donde puede observarse una tendencia desfavorable a las formas de comunidad conyugal. Así, en Cataluña rige actualmente el sistema romano de separación de bienes bajo su especie dotal; pero lo arraigado que ya desde antiguo estaba en la práctica el régimen de comunidad, hizo que subsistiese, si bien solamente con carácter paccionado y en algunas zonas aisladas (3). Igualmente, en Baleares es

(1) García Gallo: ob. cit., I, pág. 129, nota 3.

(2) Sostienen la subsistencia del Derecho celtibérico, a pesar de la dominación romana, Cárdenas: «Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones esponsalicias, desde el origen de la legislación española hasta nuestros días», en sus *Estudios Jurídicos*, II, Madrid, 1884, pág. 10; Costa: *Estudios Ibéricos*, Madrid, 1891-1895, pág. 51; *La religión de los celtíberos y su organización política y civil*, Madrid, 1917, págs. 59, 64-66; y *Derecho consuetudinario y Economía popular de España*, I, 2.^a edic., págs. 36-37; Brocá: ob. cit., pág. 23; Ríaza-García Gallo: ob. cit., pág. 56; Pella y Forgas: ob. cit., I, págs. 23-25, 64-66; Pérez Pujol: *Historia de las instituciones sociales de la España goda*, I, Valencia, 1896, 27-28 y 42-43; y Martínez Pereda: «El Fúero del Baylio, residuo vigente del Derecho celtibérico», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, marzo 1925. Por el contrario, Hinojosa afirma (*Historia general del Derecho español*, Madrid, 1887, pág. 142) que «no hay testimonio alguno que acredite la subsistencia del derecho indígena de España en los últimos tiempos del Imperio. La romanización, más rápida e intensa en nuestra patria que en ninguna otra de las regiones del orbe romano, y el carácter nivelador de la legislación bajo los emperadores cristianos, dieron por resultado el triunfo de la cultura y del derecho del pueblo Rey en la Península». Igualmente Minguijón: *Historia del Derecho español*, cuad. I, Barcelona, 1925, pág. 73.

(3) Persiste todavía el régimen económico de la comunidad matrimonial en Tarragona, bajo la forma de *associació a compres i millores* (Vid. Moragas: «Associació a compres i millores», en *Conferències sobre Varietats Comarcals del Dret Civil Català*, Barcelona, 1934, págs. 193-220); en Tortosa,

régimen legal, en defecto de pacto, el de separación absoluta de bienes (1), y los Fueros que el rey Don Jaime dió a Valencia en el año 1240, siguiendo también la técnica romanística (2), establecían como sistema económicomatrimonial subsidiario el de separación de bienes (3). Ello no obstante, estaba dicho sistema tan desacorde con las prácticas y usos de los valencianos, y satisfacía tan mal las necesidades de la familia, que, paralelamente a la Ley, se

con el nombre de *agermanament a totes passades* o *matrimonio mig per mig*; en Gerona, donde recibe el apelativo de pacto de igualdad de bienes y ganancias o de lucros y aumentos de dote, y en el Valle de Arán, donde se conocía, pues según parece ha caído en desuso, como pacto de *convinezza en mitja guadanyeria*. Vid. Borrell y Soler: ob. cit., IV, págs. 313 y sigs.; y Brocá: ob. cit., págs. 833-844.

(1) Recientemente, Ballester Pons («El matrimonio cristiano y aspecto económico», Mahón, 1944, separata de la *Revista de Menorca*, recensión en *Revista de Derecho Privado*, junio 1945, pág. 412), ha propugnado la supresión de esta reminiscencia romana y hacer extensivo a Baleares, como régimen legal subsidiario, el de gananciales de Castilla.

(2) Los Fueros valencianos, en igual o mayor grado aún que las Partidas, recibieron casi en su totalidad el Derecho romano, hasta tal punto que, en muchos lugares, el Código de Justiniano aparece literalmente copiado o simplemente extractado. Para el estudio de los Fueros de Valencia puede verse: Chabás: *Génesis del Derecho foral de Valencia*, Valencia, 1902; Boix: *Apuntes históricos sobre los fueros del antiguo reino de Valencia*, Valencia, 1855; Dánvila y Collado: *Estudios críticos acerca de los orígenes y vicisitudes de la legislación escrita del antiguo reino de Valencia*, Madrid, 1905; Castañeda: *Estudios sobre la historia del Derecho valenciano y en particular sobre la organización familiar*, Madrid, 1908; Cebrián Ibor: *Los Fueros de Valencia. Apuntes preliminares para su exposición y completo estudio*. Memoria presentada al III Congreso de Historia de la Corona de Aragón; hay tirada independiente publicada en Valencia, 1925; Beneyto Pérez: «Sobre la territorialización del Código de Valencia», en *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, t. XII; y del propio autor: «Sobre las glosas al Código de Valencia», en *Anuario de Historia del Derecho español*, XIII, págs. 136-167. No falta un autor (Galo Sánchez: *Anuario de Historia del Derecho español*, III, pág. 583) para quien el modelo romanístico inmediato de los Fueros valencianos no fué el Código justiniano, sino *Lo Codi*. En contra, vid. García Gallo: ob. cit., I, pág. 616.

(3) Así, el Fuero X, rúb. I, lib. V, disponía: «*La muller no haja alguna cosa en aquelles coses quel marit guanyara, o conquerra oltra lo exouar el creix que li es fayt per raho del exouar. Si donchs lo marit no ho feu passar e comprendre en la carta que fon feyta el temps del matrimoni entre ell, e ella*» (folios 133 y 134 de la edición de 1547).

desarrolló con carácter convencional y consuetudinario una comunidad universal de bienes que los capítulos matrimoniales de la época (*cartes*) conocen con el nombre de *germania* (1), y que, indudablemente, debió alcanzar una difusión extraordinaria.

Por otro lado, como escribe Martínez Pereda (2), la tesis del abolengo celtibérico es la única que puede explicarnos «el espléndido desenvolvimiento que el régimen de comunidad matrimonial ha tenido en el suelo peninsular; no obstante oponerse a su desarrollo la influencia poderosa que en nuestra evolución jurídica ejerció primero el Derecho romano, con su sistema dotal de separación, que no admite siquiera la relativa comunidad de gananciales, y más tarde el Derecho musulmán, que produce las costumbres holgazanas de la capital del Califato (donde se negaba a la mujer participación en los gananciales)».

Únicamente tratándose de instituciones de gran antigüedad y arraigo, profundamente enraizadas, hubiesen podido, como en efecto hicieron, resistir la influencia avasalladora del Derecho romano, tanto bajo la dominación de los Césares, como posteriormente, bajo la más temible invasión jurídica que es la recepción medieval de los textos legales bizantinos, y persistir hasta los días actuales, acu-

(1) Vid. Castañeda: ob. cit., págs. 34-35; Beneyto Pérez: *Instituciones de Derecho histórico español*, I, 1930, Bosch, Barcelona, pág. 101; y Honorio García: *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, IX, págs. 170 y siguientes. De la trascendencia e importancia de esta institución nos da idea el hecho de que disposiciones posteriores a los Fueros de 1240 hagan ya referencia a ella y regulen aspectos parciales de la misma, no obstante ser una figura jurídica meramente consuetudinaria; así, una disposición de Alfonso III, en 1428 (fuero X, rúb. VI, lib. VI, folios 155 y 156, de la edición de 1547) relativa a las sustituciones hereditarias. Además, los antiguos fueristas valencianos no escasean en sus alusiones a la *germania*: por ejemplo, Tarazona (*Instituciones del furs y privilegis del Regne de Valencia*, estampa de Pedro de Guete, Valencia, 1580, págs. 269 y 376) y Ginart (*Reportori general y brev sumari per orde alphabetich de totes les materies dels Furs de Valencia, fins les Corts del Any 1604 inclusiv, y dels Privilegis de dita Ciutat y Regne*, Mey, Valencia, 1608, págs. 8, 112, 139 y 227). Y, sobre todo, es significativo a este respecto el número no pequeño que se conserva de capitulaciones matrimoniales en que se ha pactado *germania*. Castañeda Alcobér (ob. cit., págs. 43-45) ofrece una lista de pergaminos existentes en el Archivo de la Catedral de Valencia, relativos a contratos de *germania*, e incluso transcribe dos de ellos de los años 1320 y 1375.

(2) Martínez Pereda: ob. y lug. cit., pág. 215.

sando esa floración riquísima y variada de formas de comunidad conyugal que se da en las distintas y más lejanas regiones de la Península.

Finalmente, procede hacer notar que las *comunidades domésticas*, todavía existentes en algunos lugares de España (Alto Aragón, Norte de Cataluña, montañas vasconavarras y hasta ciertas comarcas de Asturias y Galicia), no son, en realidad, sino restos de las agrupaciones gentilicias de la España indígena primitiva (1) que, milagrosamente salvados, conservan todavía la vida patriarcal y los valores tradicionales de la familia española. Y esto, que podría, a primera vista, parecer una afirmación aventurada, fácilmente se prueba si se tiene cuenta de que los puntos o regiones donde se mantienen dichas comunidades familiares son los que a ello se prestan por sus especiales condiciones naturales, y, sobre todo, que —según escribe Costa (2)— en dichos lugares, como la raza no se romanizó, el Derecho romano no pudo allí señorearse ni suplantarse el Derecho indígena, y como ni los godos ni los musulmanes se aventuraron en aquellos angostos valles pirenaicos, el estado social no sufrió el más leve trastorno.

c) Pero si bien negamos que las comunidades matrimoniales de bienes y, en general, toda suerte de asociaciones familiares, traigan su causa históricogenética inmediata y únicamente en el Derecho de familia germano, esto, sin embargo, no nos induce en modo alguno al error de negar a éste una influencia que, sin duda, debió ser trascendental en el desarrollo y organización de dichas instituciones. Pero esto se debe más bien a la fundamental coincidencia del Derecho indígena y el visigodo acerca de este punto.

Así, tanto en el uno como en el otro, la mujer gozaba de una consideración moral y jurídica muy superior a la que tenía en Roma (3),

(1) Vid. Costa: *La religión de los celtíberos y su organización política y civil*, Madrid, 1917, págs. 59, 64-66 y 82-85; del propio autor: *Derecho consuetudinario y Economía popular de España*, I, 2.^a edic., Barcelona, páginas 30 y sigs.; Altamira: *Cuestiones de Historia del Derecho y de legislación comparada*, Madrid, 1914, págs. 90-91; Brocá: ob. cit., pág. 7; Pella y Forgas: ob. cit., I, págs. 35 y 37.

(2) Costa: *Derecho consuetudinario y Economía popular de España*, I, página 37.

(3) Vid. Pérez Pujol: *Historia de las instituciones sociales de la España goda*, I, págs. 22, 511-513 y 603.

lo cual puede explicar por qué aquellos derechos conocen el régimen de comunidad conyugal (1), resultando, en cambio, desconocido en el romano. Estrabón (2), refiriendo las costumbres de los cántabros en comparación con las de Roma, habla con sorpresa de la importancia que entre ellos tenía la mujer (3) (4). Y si entre los cántabros (5), a diferencia del Derecho romano, era el hombre quien llevaba dote a la mujer, lo mismo ocurría entre los germanos (6), según nos revela el testimonio de Tácito: «*Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert*» (7). Y esta dote del varón subsistió en España—como fruto, sin duda, de la conjunción de la dote celtibérica y la germánica (8)—en los grandes Códigos visigodos y en la legislación municipal y regional de la Reconquista (9), hasta

(1) Vid. Pérez Pujol: ob. cit., I, págs. 522 y sigs.; Brunner von Schweinin: *Historia del Derecho germánico*, trad. española de Alvarez López. Editorial Labor, 1936, págs. 230-231.

(2) Estrabón: *Geografía*, III, 4. 18: «Otras cosas hay menos civiles, pero no bestiales, a saber: que entre los cántabros el hombre lleva dote a la mujer; las hijas son instituidas herederas, y ellas colocan a sus hermanos en el matrimonio, pues estas cosas suponen cierto imperio de la mujer, lo cual no es muy civil.»

(3) Hinojosa: *Historia general del Derecho español*, Madrid, 1887, páginas 75-76.

(4) Moret y Silvela (*La familia foral y la familia castellana*, Madrid, 1863, pág. 82), al hablar de la organización de la familia vizcaína sobre la base de una completa igualdad de ambos esposos, citan el mencionado texto de Estrabón como antecedente histórico de este hecho.

(5) Afirma Cárdenas («Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones esponsalicias, desde el origen de la legislación española hasta nuestros días», en sus *Estudios Jurídicos*, II, Madrid, 1884, pág. 9) ser práctica general a todos los pueblos hispánicos primitivos lo que de los cántabros nos revela Estrabón.

(6) Pérez Pujol: ob. cit., I, págs. 513-514.

(7) «La mujer no trae dote; el marido se la da.» Tácito: *La Germania*, 18, trad. española de Espasa-Calpe. Colección Universal, Madrid, 1932, pág. 24.

(8) Ureña: *Historia de la Literatura jurídica española*, I, 2.^a edic., Madrid, 1906, pág. 250.

(9) Vid. Ríaza-García Gallo: ob. cit., págs. 698-704. Las arras de León y Castilla son sustancialmente la primitiva dote iberoceltagermánica. Pero la recepción del Derecho romano vino a desnaturalizar el genuino significado de las arras al equipararlas con las donaciones *propter nuptias* y aplicarlas el régimen de éstas. «E lo que el varon da a la muger por razon de casamiento es llamado en latin donatio propter nuptias; que quiere tanto

que, al recibirse el Derecho romano justinianeo, triunfa la dote romana en las Partidas (1) y otros cuerpos legales (2), llevando aquella desde entonces una lánguida existencia, quedando relegada a un lugar secundario en las relaciones económicas del matrimonio, mas sin que, ni siquiera en la actualidad, pueda estimarse totalmente desaparecida, pues muestras de la misma lo constituyen el *axobar* (*dot del pubill*) y el *escreix* de Cataluña, especialmente tal y como lo regula el Código de Tortosa (3).

Por ello, la aportación del Derecho germánico significó *un re-dezir, como donacion que da el varon a la muger por razon que casa con ella: e tal donacion como esta dizen en España propiamente, arras*» (Partida 4.^a, tit. 11, ley 1.^a). La confusión entre tan diferentes instituciones resulta bien clara en el Derecho tortosino (vid. Oliver: *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Costumbres de Tortosa*, II, Madrid, 1878, páginas 291 y sigs.) y en el valenciano, en los que se usan como equivalentes o sinónimos los vocablos de *creix* y *donacio per nupcies* (cfr. Tarazona: ob. cit., págs. 221 y 272). En realidad, tanto las *Costums* de Tortosa como los *Furs* de Valencia, vinieron a involucrar en el *creix* o *escreix* dos instituciones diversas: la *morgengabe* o *pretium virginitatis* y la *donatio propter nuptias* o aumento de dote, creando así una institución híbrida o mixta, ya que, de un lado, exigen para que se perfeccione el *escreix* que la mujer sea virgen (estando prohibida su constitución a favor de las viudas) y que haya conocimiento carnal; y, de otro lado, que se haya constituido dote, mediante entrega de la misma, y que exista proporción entre la dote y el *esponsalicio* o *escreix*.

(1) Según la citada ley 1.^a, tit. 11, Part. 4.^a, «el algo que da la muger al marido por razon de casamiento, es llamado dote: e es como manera de donacion, fecha con entendimiento de se mantener e ayuntar el matrimonio con ella; e segund dizen los Sabios antiguos, es como propio patrimonio de la muger».

(2) Para el Código de Tortosa (Cost. II, rub. *De arres e de sponsalics*, lib. V), «dot es aquel que la muller aporta o dona al marit en temps de nupcies». Y análogo concepto era el que los *Furs* tenían de la dote. «Bens dotals se enten—escribía Tarazona: *Institucions dels Furs y privilegis del Regne de Valencia*, pág. 217—que son aquells que la muller porta al marit, axi mouents como seents: los quals no poden esser venuts, ni obligats per lo marit, sens la ferma de la muller ab jurament no forçada. Y deu los tenir el marit, y los fruyts son de aquel: per que soste les carrechs del matrimoni.»

(3) En este sentido opina Poch y Feixes («Origen, naturaleza y fines del *escreix*», en *Estudis Universitaris Catalans*, II, pág. 323) que el origen del *escreix* está en las donaciones matrimoniales de los primitivos pueblos de la Península, que no lograron pleno desarrollo hasta la venida de los pueblos germánicos.

surgimiento y vigorización del primitivo Derecho indígena español, que vivía oscurecido y oprimido por el romano, absorbente y uniformista. Al contacto con las costumbres germánicas, en gran parte coincidentes con las celtibéricas, hay un a modo de renacimiento de estas últimas (1), acabando por fundirse ambas y surgiendo así una costumbre visigoda—mezcla de elementos primitivos, romanos vulgares y germánicos—que ha de dominar completamente la vida jurídica de la Alta Edad Media (2).

De aquí que, en resumen, las diversas manifestaciones de la comunidad conyugal de bienes, existentes actual e históricamente en España, si bien no traen su origen exclusivo del Derecho de familia germánico, sí que resultaron robustecidas por el mismo durante la dominación visigoda. Así, pues, más que de origen germánico de las comunidades matrimoniales y familiares, debe hablarse de reforzamiento germano de las formas comunales celtibéricas de la España prerromana.

JUAN GARCÍA-GRANERO.

(1) Este fenómeno de coincidencia de las instituciones indígenas de la España anterior a la dominación romana y las que traían los pueblos germánicos, así como el robustecimiento que aquéllas experimentan por influjo de estas últimas, se ha observado en diversos puntos y por distintos autores. Cfr. Altamira: ob. cit., pág. 97; Pella y Forgas: ob. cit., I, pág. 25; Ríaza-García Gallo: ob. cit., pág. 107. Y de modo más explícito escribe Ureña (*La legislación góticohispana*, Madrid, 1905, 1.^a edic., pág. 32): «Al contacto del Derecho germánico resurge de su tumba el Derecho celtibérico. Y el uno para los vencedores y el otro para los vencidos dibujan instituciones similares en el mismo y uniforme fondo de la legislación romana. La dote cántabra y la dote germánica; la comunidad económica del matrimonio celtibérico y los gananciales visigóticos; la patria potestad de las antiguas tribus hispánicas y la autoridad tutelar de la madre de la familia goda; el Consejo o junta de parientes en nuestro Derecho primitivo y en la legislación germánica.» Y por lo que se refiere a las formas publicitarias que acompañan a la transmisión de bienes inmuebles, ha puesto recientemente de relieve Roca Sastre (*Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.^a edic., Bosch, Barcelona, I, 1945, págs. 39 y sigs.) el fortalecimiento que el principio formalista del Derecho indígena celtibérico experimentó a causa de la invasión germánica frente al sistema romano de clandestinidad en las transferencias y de ausencia de requisitos formales.

(2) García Gallo: ob. cit., I, pág. 509.

El impuesto sobre el caudal relicto

AL PRIMER «GOLPE DE VISTA»

Saben ustedes que, según ciertas escuelas, el fundamento fiscal del impuesto sobre el caudal relicto radica en el derecho del Estado a participar en todo patrimonio hereditario, porque considera que indirectamente ha contribuido a formarlo; aunque sepan también que ese impuesto, en consecuencia, grava el conjunto indiviso de los bienes y que quedan exceptuados aquéllos en cuya propiedad hayan de heredar al causante determinadas personas, porque el Estado posterga su derecho en consideración al parentesco o a los fines religiosos, sociales o benéficos a que esas personas o entidades se dedican, es lo cierto que si tienen «a mano» el «Reglamento del impuesto de derechos reales y sobre transmisión de bienes» y se toman la molestia de leer los artículos 248 y 250 por primera vez, tenemos casi la seguridad de que no entenderán ustedes ni una palabra. A nosotros nos ha pasado igual.

¿Cuántas veces el legislador fiscal, ajustándose a construcciones jurídicas cuando le convenía y prescindiendo de ellas si lo consideraba necesario, los habrá leído y releído, tocado y retocado? Y, sin embargo, lo que dicen está claro; lo que no está claro es lo que no dicen y parece que; según otros artículos, debieron decir.

Pero dejando la exposición de esas dudas para más adelante, después de la segunda o tercera lectura de los artículos en cuestión, si es cierto «aquello» de que el Estado se considera con derecho a participar en todo patrimonio hereditario, cabe preguntar: ¿Cómo participa? ¿Como heredero? ¿Como legatario?

En la exposición de motivos del Real Decreto de 27 de abril de 1926, creador del impuesto que nos ocupa, se dice: «Es indudable que actualmente, junto al núcleo familiar inmediatamente próximo al individuo, la entidad colectiva real es, en lo temporal, el Estado, con sus múlti-

ples fines sociales, y por ello, sin duda, recaba en gran número de países el puesto y carácter de coheredero que, previamente a toda operación particional, tiene derecho a una porción del caudal relicto.»

Con referencia a determinadas naciones nos dice Flora (1) que «no se limitaron, sin embargo, a graduar el impuesto según los grados de parentesco y la cuantía de las cuotas individuales o totales, sino que trataron de agregarle, a semejanza del *Estate duty* inglés, el impuesto complementario sobre todo el caudal o patrimonio del causante, impuesto que como un pasivo cualquiera debe deducirse del caudal relicto total antes de su distribución entre los herederos y, por tanto, antes de la aplicación del impuesto de sucesiones».

Parece de lo expuesto que el legislador considera al Estado como coheredero, y ello quiere decir que no exige su participación mientras que no se paguen todas las deudas del causante, que es el primer supuesto en toda liquidación del caudal hereditario; pero, por otro lado, «si previamente a toda operación particional el Estado tiene derecho a una porción del caudal relicto», según reza la exposición de motivos a que hemos aludido, y ese impuesto es como un pasivo cualquiera, que debe deducirse de ese caudal antes de su distribución, parece más bien que la posición jurídica del Estado es la de un acreedor hereditario que, como tal acreedor, no tiene ningún privilegio: se posterga—y es natural que así sea—ante los intereses de los demás acreedores, mejor diríamos de aquellos a los que conceptúa como tales.

Claro está que para desempeñar su papel de coheredero o para actuar en su condición de acreedor hereditario, fuerza, prolonga, retuerce y amplía hasta donde le conviene los preceptos del Código Civil, porque las reglas para la exacción del impuesto se pueden condensar en las siguientes:

1.^a En general, son los herederos no exceptuados las personas a cuyo cargo, en definitiva, corre la obligación de pagar el impuesto.

2.^a Esa obligación, salvo los herederos forzosos, tiene como límite la cantidad que representa el cincuenta por ciento del valor de los bienes que el heredero adquiere. El exceso podrá descontarlo a los legatarios o repetir contra ellos para su cobro.

3.^a En tratándose de herederos forzosos, ese límite lo señala la cantidad que supone la parte de cuota que proporcionalmente corres-

(1) *Manual de la Ciencia de la Hacienda*. Tomo II, pág. 264. Victoriano Suárez.

ponda pagar al heredero por su legítima, más el cincuenta por ciento del valor de lo que hereda de la porción libre. En cuanto al exceso, tiene las mismas facultades que el heredero voluntario.

4.^a La base liquidable, en todo caso, no es sólo la porción que adquiere el heredero no exceptuado, sino, además, la del legatario o legatarios que tampoco estén exceptuados, teniendo en cuenta que si el beneficiario de un seguro contratado por el causante es heredero o legatario, la cantidad que perciba por tal motivo de la Compañía se considera parte integrante del caudal, lo mismo que el capital de las pensiones constituidas por testamento, porque así lo disponen los artículos 254 y 255.

5.^a Los herederos, estén o no exceptuados, son responsables directa y solidariamente para con la Hacienda del pago del tributo.

6.^a Los legatarios no exceptuados son responsables subsidiariamente en cuanto a la parte que corresponda a sus bienes.

Esas, repetimos, son, a grandes rasgos, las normas generales. Ahora bien: por «eso» de la responsabilidad solidaria de los herederos, incluso de los que heredan porciones exceptuadas, y por «aquello» de que los legatarios no tributan mientras que el importe de la cuota no exceda de cierto límite, nos hace el efecto de que el legislador fiscal ha «saboreado» los artículos 1.029 y 1.084 del Código Civil, según los cuales mientras que en la herencia queden bienes es al heredero, con preferencia al legatario, a quien se le puede exigir el pago de las deudas, y si hubiera varios herederos, el acreedor podrá exigir el pago íntegro de cualquiera de ellos, sin perjuicio de que el artículo 1.085 conceda al coheredero que hubiera pagado más de lo que corresponda el derecho a reclamar de los demás su parte proporcional.

PERSONAS A CUYO CARGO CORRE EL PAGO DEL IMPUESTO Y VARIACION QUE SUFRE SU CUOTA SEGUN LA CONDICION DE OTRAS PERSONAS CON QUIEN CONCURREN A SUCEDER

El legatario no exceptuado que concurre a una sucesión con heredero de igual condición no tributa nada más que en el supuesto de que la cuota exceda del cincuenta por ciento del valor de los bienes que adquiere el heredero voluntario. Si el heredero es forzoso—como hemos dicho—, aquél tributa en lo que la cuota exceda de lo que supone la parte que corresponda proporcionalmente a la legítima, más

el cincuenta por ciento del valor de lo que hereda de la porción libre.

Es decir, el legatario no exceptuado, como después veremos, sólo tributa plenamente cuando la herencia se distribuye en legados o cuando está exceptuada la porción de todos los herederos. Si la porción de alguno de éstos no está exceptuada, sólo se le obliga dentro de los límites que hemos iniciado, con lo cual se puede afirmar que casi nunca tributa por la parte de cuota que proporcionalmente corresponde a los bienes que adquiere, y generalmente, en la práctica, no tributa.

En definitiva, es a los herederos a los que afecta el que las porciones legadas estén o no exceptuadas. Al legatario, el que su porción lo esté o no, generalmente, repetimos, le tiene sin cuidado. Pero ¿no es cierto que con ese juego fiscalmente se hace de peor condición al heredero que al legatario?

¿Se puede creer sinceramente que las obligaciones de pago que se decretan y toda la serie de responsabilidades directas, solidarias y subsidiarias que se ordenan se deben a las exigencias del que pudiéramos llamar «matiz jurídico» adoptado por el impuesto?

Desde luego que no. Posiblemente puede afirmarse todo lo contrario, y es que surge una fisonomía jurídica civil al margen del derecho fiscal, confusa y artificiosa por la necesidad de arbitrar ingresos para el Tesoro y la conveniencia de adoptar garantías para su debida exacción.

Esa necesidad y esa conveniencia son muy respetables, pero dentro de ese «matiz» cabe todo y cabe, por lo tanto, el subsanar esas diferencias de criterio fiscal a favor del legatario, por considerar que son consecuencias del Derecho civil.

Cierto que en beneficio del heredero, según el artículo 261 del Reglamento, la cuota que satisface por caudal relicto y que, por lo tanto, no hereda, se considera baja a los efectos del impuesto de derechos reales; pero téngase en cuenta que a un heredero extraño aquel impuesto le pudo restar el cincuenta por ciento de lo que adquiere y que el otro impuesto puede encargarse de restarle el cincuenta por ciento de lo que queda. Todo eso en el supuesto más favorable, porque si en la herencia hay deudas que la conciencia y el Código Civil obligan a pagar, pero que la Hacienda no las considera deducibles, podríamos presentar ejemplos, sin grandes esfuerzos, en los que al heredero le cuesta dinero el heredar.

Quizá por las modalidades que pueden presentarse prácticamente, que es la única finalidad que perseguimos, pueda ser útil el cuadro sinóptico y las explicaciones que damos a continuación, siendo de advertir, por lo que a estas últimas se refiere, que para hallar la base liquidable, de acuerdo con el artículo 245 del Reglamento, siempre procede deducir las hipotecas (1), cargas y deudas que tengan la consideración de deductibles según la legislación del impuesto de Derechos reales y además la cantidad de dos mil pesetas que se considera exenta, de forma que cuando aludimos a esa base liquidable y consideramos deducible una porción determinada, es sin perjuicio de la procedencia de las bajas que dejamos mencionadas.

CUADRO SINÓPTICO

HEREDERO	{	no exceptuado que concurre a una herencia...	{	con heredero exceptuado	y legatarios exceptuados	1.º caso
					y legatarios no exceptuados.	2.º caso
					sin legatarios	3.º caso
			{	con herederos no exceptuados	y legatarios exceptuados ..	4.º caso
					y legatarios no exceptuados.	5.º caso
					sin legatarios	6.º caso
					y legatarios exceptuados ..	7.º caso
					y legatarios no exceptuados.	8.º caso
					sin legatarios	9.º caso
					con legatarios exceptuados	10.º caso
					con legatarios no exceptuados	11.º caso
		exceptuado que concurre a una herencia	{	con herederos exceptuados.	y legatarios exceptuados..	12.º caso
					y legatarios no exceptuados.	13.º caso
					sin legatarios	14.º caso
				con heredero no exceptuado... ..	y legatarios exceptuados	15.º caso
					y legatarios no exceptuados.	16.º caso
					sin legatarios	17.º caso
					y legatarios exceptuados	18.º caso
					y legatarios no exceptuados.	19.º caso
					sin legatarios	20.º caso
					con legatarios exceptuados	21.º caso
					con legatarios no exceptuados	22.º caso
					Herencia distribuida en legados	23.º caso

Con ese cuadro a la vista se puede deducir que no tributan por impuesto sobre el caudal relictos los casos 12, 14 y 21 por falta de base liquidable, ya que todas las porciones que componen el caudal están

(1) Así es, en efecto, aunque tal novedad provoque el que el artículo 100 del Reglamento la mire «de reojo».

exceptuadas al concurrir en la sucesión herederos y legatarios, o solamente herederos que gozan de ese beneficio (artículo 244).

En los casos 13, 22 y 23 tributan los legatarios, pero nada más que por la porción que cada uno adquiere, pues aunque en los supuestos de los casos 13 y 22 concurren herederos, la porción que a éstos corresponde está exceptuada y ha de ser baja para hallar la base liquidable. (Artículo 244 y apartados 5) y 7) del 248.)

En los casos 1.º, 3.º, 4.º, 6.º, 7.º, 9.º, 10, 15, 17, 18 y 20, al heredero o herederos que tributan porque su porción no está exceptuada, no les perjudica en nada los legados, porque en el supuesto que los haya, están exceptuados sus porciones y han de ser baja para hallar la base liquidable. Tributan, por lo tanto, esos herederos por la porción que adquieren. (Artículo 245 y apartado 2) del 248.)

En cambio, en los casos 2.º, 5.º, 8.º, 11, 16 y 19, el heredero o herederos que tributan no sólo lo hacen por la porción que adquieren, sino además por la que corresponde a los legatarios no exceptuados, siempre con el límite del 50 por 100 del valor de los bienes que adquiere el heredero voluntario o la cantidad que representa la parte proporcional que de la cuota corresponda a la legítima del heredero forzoso, más el 50 por 100 de lo que adquiera de la porción libre. Todo lo que la cuota exceda de esos límites podrán retenerlo o repetir contra el legatario. Prácticamente, repetimos, en la mayoría de los casos los legatarios no pagan nada. (Artículo 245 y apartados 2), 3), 4) y 6) del 248.)

El caso 5.º merece una explicación más detallada. Tributan los dos herederos. Si los dos son forzosos, lo hacen en la forma que dejamos indicada, con derecho, en su caso, a repetir contra el legatario.

Por ejemplo: Un nieto deja una herencia de 17.000 pesetas. No hay deudas. Se bajan las dos mil pesetas que siempre están exentas y quedan 15.000. La legítima de los dos abuelos que heredan es 7.500 pesetas, o sea cada uno 3.750. Las otras 7.500 pesetas se legan a un hermano del causante.

Con esos antecedentes, la cuota del impuesto asciende a 300 pesetas, pero como los abuelos no perciben más que la legítima y nada, por lo tanto, de la porción libre y como por otro lado lo que de cuota corresponde proporcionalmente a esa legítima son 150 pesetas, podrán los abuelos exigir al legatario las 150 pesetas restantes.

Por el contrario, si el legado al hermano es solo de 7.000 pesetas y los abuelos heredan 8.000, además de su legítima adquieren de la

porción libre 500 pesetas. Resulta que la cuota del impuesto hemos dicho que eran 300 pesetas y lo que proporcionalmente corresponde a la legítima 150, cantidad a la que sumada 250 pesetas mitad de la porción libre, arroja un total de 400 pesetas, que exceden en 100 a las 300 y, por lo tanto, los abuelos nada pueden reclamar al legatario. (Apartado 4) del artículo 248.)

Si un heredero es forzoso y el otro no lo es, para aquél se sigue la norma anteriormente dicha y el heredero voluntario tributa por el resto, siempre y cuando no exceda del 50 por 100 de lo que recibe, pues, por el exceso, repetimos, que tiene derecho a retenerlo o reclamarlo al legatario.

Por ejemplo: la misma herencia de 17.000 pesetas antes citada. Un heredero, el abuelo, percibe por su legítima 7.500 pesetas; se legan 7.450 y en el resto se instituye heredero voluntario. El abuelo sólo paga 150 pesetas. Las otras 150 las debía pagar el heredero voluntario, pero como sólo hereda 50, pagará 25 y las otras 125 el legatario. (Apartado 6) del artículo 248.) (1).

Además de los casos expuestos, se pueden dar también los casos de que concurren legatarios exceptuados y no exceptuados y ello implica el que la porción de aquéllos sea baja para hallar la base liquidable.

A NOMBRE DE QUIEN SE GIRA LA LIQUIDACION. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS HEREDEROS

Hay que reconocer que vamos a entrar en un verdadero «laberinto», en parte debido a la falta de claridad de los preceptos, en parte también a ciertas lagunas y en la mayor parte a que precisamente en los casos en que pueden llegar a hacerse efectivas esas responsabilidades que exige la política fiscal y cuyo fundamento jurídico es muy dudoso, son aquéllos en los que existen más intereses encontrados y menos vínculos familiares. El Fisco busca garantías y las logra, pero

(1) Parece que es así, porque ese apartado dice: «Cuando concurren herederos voluntarios y forzosos, regirán para unos y otros las reglas que, respectivamente, les conciernen de las establecidas en los párrafos anteriores, y sólo en cuanto a la cuota del impuesto exceda de lo que proporcionalmente corresponda a las legítimas y del 50 por 100 del valor de las porciones libres tendrán derecho a descontar a los legatarios dicho exceso o a repetir contra éstos por el mismo.

En nuestro entender, todo lo subrayado debe suprimirse, porque en cuanto al exceso, juega la excepción sólo con vista a los herederos forzosos, sin acordarse que también los hay voluntarios.

a costa de que muchos albaceas, herederos y legatarios se retiren el saludo (1).

A pesar de que por norma general «el impuesto sólo será en definitiva de cargo de los herederos cuyas porciones no estén exceptuadas», según términos muy rebuscados del apartado 2) del artículo 248; sin embargo, el apartado 1) de ese mismo artículo ordena que la liquidación—que siempre será una—se gire a nombre de todos los herederos cuando sean conocidos, incluso al de aquéllos cuyas porciones hereditarias estén exceptuadas del impuesto (2), y además—decimos nosotros—a nombre de los legatarios de parte alicuota porque «se consideran como herederos» a esos efectos, según prescribe el apartado 8) del propio artículo. Esa unidad en la liquidación es debido a que, según el artículo 250, «los herederos .. serán directa y solidariamente responsables para con la Hacienda del pago» del impuesto.

¿Son responsables todos los herederos o solamente los no exceptuados? Hay quien lo duda, pero indiscutiblemente son todos. La liquidación única es un dato que lo demuestra, según hemos insinuado, pero además el artículo 46 de la ley, con referencia a los documentos o declaraciones que se presenten, dice: «Las liquidaciones se girarán a nombre de los que en estos documentos o declaraciones figuren como herederos. Si los herederos no fuesen conocidos, la liquidación se girará a nombre de los administradores o albaceas, pero siendo, en todo caso, solidariamente responsables del impuesto *cuantos en definitiva adquieran por título hereditario* el caudal relictó, en la forma que determina el Reglamento.»

No cabe duda, volvemos a repetir, que todos los herederos son directos y solidariamente responsables para con la Hacienda, porque no olvidemos que ésta nos da a entender que es coheredero y quizá me-

(1) Los únicos casos en los que van de acuerdos los intereses del heredero y legatario son en los supuestos que señala el apartado b) del artículo 75 y el apartado 3) del artículo 76 del Reglamento, que consideran legatario al nudo propietario de bienes adquiridos tres años antes del fallecimiento del causante, reservándose éste el usufructo, y al endosatario de resguardos o valores retirados después del fallecimiento. Al legatario le conviene ocultar su condición para eludir el pago del impuesto de Derechos reales y al heredero porque no aumente la cuota sobre el caudal relictó.

(2) La circular de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de 24 de julio de 1925, para evitar los inconvenientes que se presentan en los expedientes de apremio, sobre todo cuando por la adición de bienes a la masa hereditaria alegan los interesados no tener la condición jurídica de herederos, ordena que las liquidaciones no se giren a cargo de «Herederos de ..», sino a los nombres y apellidos de todos y cada uno de los obligados al pago.

jor acreedor hereditario. Tanto es así, que obsérvese que las exenciones *no alcanzan a los herederos, sino a las porciones hereditarias*; por eso, en el apartado 2) del artículo 248 se alude a «porciones hereditarias» que «no estén exceptuadas», concepto que se repite en otros varios preceptos, y es que en realidad el Fisco, para no perder «tantos», aceptó el fenómeno jurídico que supone eximir la porción en consideración a la *persona* del heredero, pero obligando a éste solidariamente, precisamente por la circunstancia *de serlo*.

Ya hemos indicado que al legatario de parte alícuota se le considera como heredero, y en ese punto la ley fiscal no hace más que adaptarse a la ley civil, puesto que entre ambos conceptos hay afinidades indiscutibles; pero si esa razón es, seguramente, la única para la equiparación, ¿por qué al heredero de una cosa cierta y determinada no se le considera como legatario haciendo honor al artículo 768 del Código civil?

Supónganse ustedes una herencia que después de todas las bajas queda una base liquidable de 52.000 pesetas. Hay un legado de 25.000; a un heredero le corresponden 1.000 y al otro 26.000 y ninguno de ellos está exceptuado. La cuota por caudal relicto son 1.560 pesetas. Al heredero de las 1.000, proporcionalmente le corresponden 30, y al heredero de las 26.000, también le corresponden 780; entre los dos, 810 pesetas. ¿Quién paga el resto?

«Tú—le dirá un tanto excitado el heredero de las 26.000 pesetas al otro heredero—tienes obligación de pagar hasta el 50 por 100 de lo que heredas, luego te corresponden 500 pesetas.» «Y tú—contestará pausadamente a su coheredero el heredero de las mil—tienes igual obligación, o sea que tienes que pagar hasta 13.000 pesetas.»

Se puede complicar un poco más el problema aumentando la herencia en otras 1.000 pesetas que van a parar a un heredero exceptuado. ¿Qué cara pondrá este señor, si por estar obligado solidariamente con los otros herederos que discuten, la Hacienda le exige 1.560 pesetas, sólo por caudal relicto? Además, quien no está obligado al pago, aunque sea responsable, lo lógico es que no se adelante nunca a pagar y lo haga a última hora, que con multas, intereses, recargos y costas, las 1.560 se convierten en 2.000. ¡Todo por heredar mil pesetas!

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ALBACEAS

Cuando *no sean conocidos* los herederos—nos dice el artículo 249—se girará la liquidación a nombre de los albaceas administradores o representantes de la herencia. Y añade el artículo 250 que *en ese caso* albaceas administradores o representantes citados «*que hayan hecho entrega de los bienes* sin haber satisfecho el impuesto, serán directa y solidariamente responsables para con la Hacienda del pago de éste.»

Esos preceptos no están nada claros. Desde luego hay que desechar toda interpretación que suponga un contrasentido y a eso conduce la lectura de las frases subrayadas, porque jurídicamente es imposible que se den las dos circunstancias de ser desconocidos los herederos y, sin embargo, haber recibido los bienes. Podrán recibirlos cuando sean conocidos, y mientras que no lo sean, no lo recibirán.

Parece que hay que interpretar esos preceptos en el sentido de que se lleguen a conocer los herederos después de haberse practicado la liquidación a nombre de los albaceas; pero entonces, los albaceas ¿no tienen obligación de pagar la liquidación que se gira a su nombre? Mientras que no entreguen los bienes no son responsables solidarios. Si pagan la liquidación, huelga toda responsabilidad. Sin duda, lo que el precepto quiere decir es que como albaceas tienen obligación de pagar, y así se deduce del artículo 46 de la Ley, pero que si no pagasen y entregasen los bienes a los herederos, entonces, personalmente, serán responsables solidariamente con ellos.

Un precepto análogo contiene el artículo 116 del Reglamento en cuanto al impuesto de Derechos reales, aunque no decreta la responsabilidad solidaria, y precisamente por eso, está claro.

En el impuesto sobre el caudal relictivo no cabe devolución por diferencia de tipo en razón al parentesco, como indica ese artículo 116, pero sí debía haberse autorizado cuando al ser conocidos algunos de los herederos su porción hereditaria estuviera exenta. Lo mismo decimos en cuanto a los legatarios.

LOS DONATARIOS «MORTIS CAUSA»

¿Cuál es su situación ante el impuesto? Los bienes y derechos que se transmiten por esa clase de donaciones no cabe duda que están su-

jetos al impuesto sobre el caudal relictó, de acuerdo con el artículo 241, hasta el punto de que el 259 nos aclara que no están sujetas las transmisiones de bienes y derechos a título de donación *inter vivos*.

Pero quien adquiere por donación *mortis causa*, ¿puede decirse que realiza la adquisición *por título hereditario*, como exige el artículo 46 de la ley del impuesto para ser responsable de su pago? Creemos que no, a pesar de que el artículo 620 del Código Civil nos diga que tales donaciones *participan de la naturaleza* de las disposiciones de última voluntad y se rijan por las reglas de las sucesiones. Sobre todo, ése podrá ser el motivo para que los bienes así transmitidos formen parte del caudal relictó, pero no es suficiente para que al donatario se le considere heredero, o por lo menos legatario, a pesar de que decía el emperador Justiniano que los legados eran *donatio quodam*.

El donatario *mortis causa* parece que goza de un privilegio, porque no cabe pensar en un olvido del legislador, ya que, como hemos dicho, se acordó incluso de las *inter vivos*.

Ese privilegio puede motivar muchos casos parecidos al que pasamos a exponer: Un hermano adquiere 60.000 pesetas por donación *mortis causa* de otro, de quien hereda su abuelo 60.000 pesetas. La cuota por el impuesto sobre el caudal relictó importa 4.800. El abuelo no debe pagar más que la parte proporcional a lo que hereda, o sea 2.400, porque nada adquiere de la parte libre. ¿Quién paga lo demás?

Si el hermano, en vez de donatario, fuera legatario, sería el llamado a tributar por la diferencia, pero en este caso, ¿quién paga?

Pues parece que tiene que ser el abuelo, como heredero, según el artículo 250, porque es responsable directamente del pago del impuesto; pero, por otro lado, no tiene obligación de pagar nada más que la parte proporcional a lo que adquiere. ¿Contra quién repite por el exceso?

FEDERICO BAS RIVAS.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL.

Resolución de 27 de marzo de 1946. "B. O." de 16 de mayo.

SE HALLA BIEN EXTENDIDA LA ESCRITURA DE TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN ANÓNIMA, EN LA QUE SE CONSIGNA QUE LA NUEVA COMPAÑÍA SE REGULARÁ POR "EL CÓDIGO DE COMERCIO, DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES Y ESTATUTOS INSERTOS EN SEIS FOLIOS DE PAPEL COMÚN, ESCRITOS MECANOGRÁFICAMENTE, QUE, FIRMADOS AL FINAL Y RUBRICADOS TODOS ELLOS POR LOS SEÑORES COMPARECIENTES, SE INCORPORAN POR EL NOTARIO AUTORIZANTE A LA MATRIZ, DEBIDAMENTE REINTEGRADOS".

Por el Notario de Cortegana, D. Ezequiel Mozo Bravo, se autorizó el 11 de julio de 1945 una escritura en la cual comparecieron don J. B. D. y D. F. E. G. como únicos socios y en nombre y representación de la Sociedad de responsabilidad limitada "Fischer y C.", debidamente facultados por la Junta de socios, y, llevando a efecto lo acordado por unanimidad, transformaron dicha sociedad en anónima bajo la denominación "Comercial Corchera", consignando en la escritura que la nueva compañía se regulará por "el Código de Comercio, disposiciones legales vigentes y estatutos insertos en seis folios de papel común escritos mecanográficamente que, firmados al final y rubricados todos ellos por los señores comparecientes, incorporo a esta matriz debidamente reintegrados";

Presentada primera copia de la escritura en el Registro Mercantil

de Huelva, se extendió al pie de la misma la siguiente nota: "No admitida la inscripción del precedente documento porque conteniendo los Estatutos de la Sociedad Comercial Corchera, S. A., verdaderos pactos sociales, tales Estatutos deberían hallarse insertos en la parte estipulativa de la escritura de constitución de dicha sociedad, máxime cuando en la aludida escritura no constan todos los extremos que exige el artículo 151 del Código de Comercio";

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección ha declarado hallarse la escritura extendida conforme a las prescripciones y formalidades legales;

Considerando que la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 y su Reglamento de 30 de diciembre del mismo año, al definir el protocolo y la escritura matriz no aluden a la posibilidad de que se unan a la misma documentos complementarios, pero ya el segundo Reglamento de 9 de noviembre de 1874 se refiere a expedientes y documentos protocolizados, y los posteriores del 9 de abril de 1917, 7 de noviembre de 1921, 8 de agosto de 1935 y 2 de junio de 1944, regulan con más detalle la incorporación de documentos públicos o privados y reconocen una práctica notarial muy extendida;

Considerando que esta práctica notarial se halla también reconocida por la Resolución de este Centro directivo de 31 de diciembre de 1924, a cuyo tenor el instrumento notarial no termina con la rúbrica del Notario, pues las manifestaciones de voluntad en él contenidas trascienden a los documentos que a modo de apéndice se incorporan al protocolo bajo el mismo número, aunque, en general, es necesario que las declaraciones de las partes que engendran directamente relaciones jurídicas figuren en lugar adecuado dentro de la estructura tradicional o de la racionalmente adoptada por el fedatario en vista de las circunstancias características del acto, de suerte que la materia sobre la que ha de recaer el consentimiento no pueda sustraerse al conocimiento de los contratantes y, antes al contrario, solicite su atención y examen;

Considerando que si en la escritura de constitución de las compañías anónimas han de constar clara y precisamente, tanto la manifestación básica o fundacional, como los Estatutos y las aportaciones de los socios, estas exigencias adquieren valor extraordinario cuando se lleve a cabo la transformación de una Sociedad de Responsabilidad limitada en otra anónima, ya que la economía nacional, los socios,

los accionistas y los terceros están interesados en que los pactos sean indiscutidos, las aportaciones serias y las relaciones jurídicas de la sociedad primitiva formalmente respetadas;

Considerando que para no deformar la escritura propiamente dicha, evitar repeticiones y destacar las cláusulas fundamentales, la aludida práctica notarial se ha desenvuelto en el sentido de hacer constar en el cuerpo de la misma escritura los datos característicos de los documentos, cuadernos o comunicaciones que completan, corroboran o justifican el acto jurídico y que, como anejos, van unidos al mismo e incorporados al protocolo del cual forman parte integrante;

Considerando que dado el distinto tratamiento de escritura y anejos y la desigual importancia de los pactos o convenciones, han de encurrirse en la primera los datos esenciales que han de ligar a los otorgantes o trascender a terceras personas y siempre procede someter a riguroso examen los documentos que han de ser incorporados, dotándolos de las indispensables garantías que, por lo menos, impidan la adición, sustracción o sustitución de folios;

Considerando que por *Estatutos Sociales*, cuando se contrapone esta frase a la de *escritura constitutiva* de una compañía anónima suele entenderse el documento comprensivo del conjunto de normas articuladas que organizan y desenvuelven tanto el régimen interno de la sociedad y los derechos de los accionistas como las relaciones con terceras personas, y que por ir destinado una vez impreso o reproducido a la circulación de Bolsas, Cámaras, Bancos y Mercado público no incluye por regla general los nombres de los promotores, las particularidades del momento fundacional, la distribución de acciones ni la reseña de las aportaciones respectivas y está dotado de una cierta sustantividad e independencia que permite separarlo de los otros pactos sociales y unirlo como complemento a la indicada escritura de la cual recibe su fuerza jurídica;

Considerando que en la escritura calificada se consigna primeramente que la Compañía Anónima Comercial Corchera "se regirá por los Estatutos unidos a esta matriz" y después de la certificación del acta que contiene los acuerdos de transformación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y de establecimiento del nuevo régimen, se transcriben los Estatutos suscritos por D. J. B. y D. F. E. autorizados para todo ello y comparecientes y únicos socios, que, a juicio del

Notario, "tienen capacidad civil suficiente para otorgar el presente acto jurídico de transformación de Sociedad Limitada en Anónima":

Considerando que las inscripciones en el Registro Mercantil de constitución de Sociedades descansan ante todo en las declaraciones auténticas de las personas autorizadas para solemnizarlas, y que, aun prescindiendo del antecedente legal contenido en el artículo 1.668 del Código civil, en el caso presente no cabe poner en duda ni la íntima trabazón, autenticidad y alcance de los documentos reseñados, ni la suficiencia de los datos con que el Notario acredita que los Estatutos van "insertos en seis folios de papel común, escritos mecanográficamente, que, firmados al final y rubricados todos ellos por los señores comparecientes, incorporo a esta matriz debidamente reintegrados."

* * *

Empieza por reconocer el Centro directivo en su primer Considerando que la Ley orgánica del Notariado, al definir el protocolo y la escritura matriz no aluden a la posibilidad de que se unan a la misma documentos complementarios, pues, como dice el Registrador en su informe, según el artículo 17 de dicha Ley, todo el contrato social debe estar contenido en el texto de la escritura, sin que sea dado que tal contrato se pueda extender y ser completado con estipulaciones que obran en un documento privado.

Por otra parte, ¿qué autenticidad reviste éste? Se dice por el Notario que está firmado al final por los interesados y rubricadas sus hojas por los mismos, pero no se precisa qué esas firmas y rúbricas fueron estampadas ante él, y no sabemos que los Notarios sean peritos calígrafos. Tampoco aparece que tales firmas hubieran sido legítimadas previamente por otro fedatario. Y más aún: ni siquiera se extendieron esos estatutos en papel timbrado—lo que les hubiera revestido de cierta autenticidad para terceros—, sino en papel común, mecanográficamente.

Lo que más llama la atención en esta Resolución es que la lectura de sus cinco primeros Considerandos—y son ocho en total—nos induce a pensar que el fallo ha de ser conforme con la nota del Registrador. Sus razonamientos abocan a tal fin; pero de pronto todo cambia y varía, y la conclusión es adversa. Para ello, entre otros argumentos, se aflora—a manera de antecedente—el precepto del artículo 1.668

del Código civil, que—con sinceridad—encontramos de lo menos convincente. Pues ¿qué tiene que ver la constatación de unos bienes—que no otra cosa quiere ese artículo—con la disposición contractual, causa, entraña, medula—y brindamos todo esto a ese peregrino ingenio del Notariado D. Rafael Núñez Lagos—que debe encauzar, dirigir y dar fe el Notario? Un paso más, y los contratos privados entregados a un Notario para su protocolización surtirán los efectos de los otorgados ante el mismo.

En una escritura de Sociedad, los estatutos son todo—nervio y alma—, y una cosa tan esencial se relega a un anejo, a un inserto, a una incorporación, como quiera llamársele, y esto contra la letra—no ya el espíritu—del artículo 119 del Código de Comercio; tan preceptivo, tan exigente en cuanto a la forma en que toda Compañía debe hacer constar sus pactos y condiciones.

Acaso sean nuevos *usos del comercio* (art. 2.º de ese Código) que el dinamismo y rapidez de aquél imponen, que los Registradores, siempre recelosos de innovaciones, nos resistimos, en tanto no nos lo ordenen, a acatar.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de diciembre de 1944.

EN LA AMORTIZACIÓN DE OBLIGACIONES, SEAN SIMPLES O HIPOTECARIAS, EL PLAZO DE PRESENTACIÓN SE CUENTA DESDE LA FECHA EN QUE SE TOMA EL ACUERDO DE AMORTIZARLAS, AUN EN EL CASO DE QUE CON POSTERIORIDAD SE EXTIENDA ACTA NOTARIAL HACIENDO CONSTAR LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA Y LA INUTILIZACIÓN DE LOS TÍTULOS.

En el caso a que la Resolución se refiere ocurrió que, con posterioridad al acuerdo de amortización y a la retirada de hecho de los títulos del mercado, se extendió acta notarial haciendo constar la retirada e inutilización de los títulos y la cancelación de la hipoteca, y se pretendía que desde la fecha de ese acta debía contarse el plazo de presentación para liquidar, a lo que opone el Tribunal lo dispuesto en los artículos 20 y 64, párrafo 3.º, del Reglamento, según los cuales basta que exista el acuerdo de amortización para que la liquidación se practique.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de diciembre de 1944.

TIENE EL CARÁCTER DE HEREDERO EL LEGATARIO QUE, ADEMÁS DE LA COSA LEGADA HA DE RECIBIR EL REMANENTE DEL CAUDAL HEREDITARIO DESPUÉS DE PAGAR OTROS LEGADOS Y EL IMPORTE DE LAS DEUDAS Y GASTOS DE PARTICIÓN, IMPUESTO, ETC.; Y, POR LO TANTO, COMO ESOS GASTOS NO SON DEDUCIBLES DEL CAUDAL, AUN-

QUE SE LE ADJUDIQUEN BIENES PARA SU PAGO NO SON LIQUIDABLES POR EL CONCEPTO DE ADJUDICACIÓN, SINO POR EL DE HERENCIA.

No consignamos los antecedentes del caso, porque los puntos discutidos están tan fuera de duda, que hacen innecesaria la exposición, de la misma manera que hacen que huelgue el comentario.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 9 de enero de 1945.

EL CONTRATO EN VIRTUD DEL CUAL LOS VARIOS DUEÑOS PROINDIVISO DE UNA CASA ACUERDAN CESAR EN LA PROINDIVISIÓN Y ADJUDICAR A UNO DE ELLOS LA TOTALIDAD DEL INMUEBLE, RECIBIENDO EN METÁLICO SUS RESPECTIVAS PARTICIPACIONES, ES LIQUIDABLE COMO CESIÓN.

Antecedentes.—Los condueños proindiviso de una casa acuerdan en escritura pública cesara en la proindivisión, y después de cifrar en pesetas la parte que a cada uno correspondía en el valor total, que era de 120.000, la adjudican en pleno dominio a uno de los catorce partícipes o comuneros; y como la porción de éste no importaba más que 4.285,85 pesetas, él abonó en metálico a los demás copartícipes la diferencia hasta el total valor, con lo cual dan por extinguida la comunidad de bienes.

En la mencionada escritura se hicieron constar los títulos de adquisición que ostentaban los comuneros, y unos procedían de herencia y otros de compra y ajenos a la comunidad.

La Oficina liquidadora calificó el acto como "cesiones" y giró la liquidación sobre la base de 115.714,15 pesetas, que es la diferencia entre el valor de la porción que al adquirente pertenecía en la proindivisión y el total valor del inmueble.

La liquidación fué recurrida argumentando que la casa era indivisible, dada su naturaleza y el extraordinario número de condueños, y debía aplicarse, por lo tanto, la exención número 14 del artículo 6.º del Reglamento, puesto que la adquisición tenía por origen el título de herencia, y en otro caso debía aplicarse el apartado 27) del artículo 19 del mismo texto legal, que equipara la disolución de la comunidad a la disolución de sociedad.

Desestimado el recurso por el Tribunal provincial, es rechazado.

también por el Central, fundado en que, aunque es verdad que la mencionada exención es aplicable, como el mismo Tribunal tiene reconocido en resolución de 21 de junio de 1932, en cuanto a los excesos o diferencias que unos herederos deban abonar a otros por haberles sido adjudicada en una finca indivisible o que desmerece mucho por la división mayor porción que la que representa su haber hereditario, y que esa circunstancia se da tratándose de fincas urbanas, es lo cierto que en el caso de que se trata no concurren esas circunstancias de exención, porque la exención mencionada está subordinada a lo dispuesto en los artículos 1.056 y 1.062 del Código civil, y éstos se refieren al momento de la partición de la herencia, de lo que no se trataba en la escritura objeto de discusión, ya que las herencias originarias de la comunidad habían sido partidas con mucha anterioridad. El único objeto, pues, del documento, fué hacer cesar la proindivisión adquiriendo uno de los partícipes las porciones de los demás, y esto constituye una enajenación a título oneroso, equivalente a una compraventa, liquidable en la forma que lo hizo la Oficina liquidadora.

Y no es tampoco aplicable el tipo de "sociedades" a que se refiere el apartado 27) del artículo 19, porque no se ha realizado la división material de la casa en cuestión, y, por lo tanto, falta el requisito esencial de que a cada interesado se le adjudique la parte proporcional en la finca.

Comentarios.—El criterio del Tribunal está bien claro y es bien lógico: no hay lugar a la aplicación del tipo de disolución de sociedad previsto en el apartado 27) del artículo 19, porque no se trata de la división material prevista en ese apartado, con la consiguiente adjudicación a cada partícipe de una parte del bien comunero, equivalente a su haber en la comunidad.

A ello podría añadirse que, de todas maneras, la petición de ese tipo beneficioso está descentrada, puesto que, dado el título hereditario invocado en cuanto a la mayor parte de los partícipes contratantes, lo que sería de aplicar sería la exención si realmente se tratase de la división de bienes poseídos proindiviso y adquiridos por herencia.

El otro punto de vista sostenido por la Resolución, nos parece también fuera de toda discusión, porque lo que los artículos 1.056 y 1.062 del Código civil prevén y lo que con arreglo a ellos fundamenta la exención del número 14 del artículo 6.º, es que al realizar la partición el padre testador quiera que una explotación fabril o in-

dustrial o agrícola se conserve indivisa, o que, en cualquier otro caso de partición de herencia, se trate de una cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división, en cuyos supuestos juzga el Reglamento equitativo que los excesos o diferencias que el heredero adjudicatario tenga que pagar a los demás por exceso en la adjudicación, no estén sometidos a tributación, sin perjuicio de lo que a cada uno corresponda pagar por impuesto sucesorio con arreglo a la ley; todo lo que es una cosa bien distinta de lo que los aludidos contratantes llevaron a cabo.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de febrero de 1945.

EN LOS CASOS DE LITIGIO EL PLAZO DE PRESENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS A LIQUIDACIÓN SE SUSPENDE POR MINISTERIO DE LA LEY SIN NECESIDAD DE SOLICITUD DE LOS INTERESADOS, PERO TAL CONCESIÓN ESTÁ SUPEDITADA A QUE EL CONTRIBUYENTE OBRE DE BUENA FE, DE TAL MANERA QUE NO APROVECHA AL QUE CON EL FIN DE ELUDIR EL PAGO DEL IMPUESTO ENAJENA LOS BIENES HEREDADOS Y OMITE LA DECLARACIÓN DE SU EXISTENCIA AL SOLICITAR LA LIQUIDACIÓN DEL CORRESPONDIENTE A VALORES MOBILIARIOS. EN TAL CASO, DESCUBIERTA LA OCULTACIÓN SE INCURRE EN MULTA, AUN SIN HABER TERMINADO EL LITIGIO.

LA IMPOSICIÓN DE MULTA DEL 100 POR 100 ES PROCEDENTE TAN SÓLO EN EL CASO DE RESISTENCIA INJUSTIFICADA DEL CONTRIBUYENTE, Y EN SU CONSECUENCIA, LA OCULTACIÓN DE BIENES HEREDITARIOS DESCUBIERTA AL LIQUIDAR UN DOCUMENTO ENTRE VIVOS QUE DA LUGAR AL REQUERIMIENTO PARA LA PRESENTACIÓN DE LA HERENCIA DE DONDE LOS BIENES PROCEDEN DETERMINA IMPOSICIÓN DE LA MULTA DEL 50 POR 100.

Antecedentes. — Fallecida en el año 1939 una señora resultó ser única heredera testamentaria su sobrina doña T. D. S., la cual obtuvo prórroga de presentación de la herencia a liquidación, y dentro de ella presentó a liquidación una escritura pública, manifestación parcial de herencia, comprendiendo ciertos valores mobiliarios, que fué liquidada e ingresado el impuesto correspondiente.

Más adelante, la heredera, obrando en concepto de dueña de las fincas como heredera de la aludida causante, otorgó cinco escrituras vendiendo varias de las fincas heredadas, que fueron liquidadas por la misma oficina que había liquidado la anterior escritura, y que no pudieron ser inscritas porque no lo estaban a nombre de la vendedora y por no poder hacerse la inscripción al amparo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria a causa de estar el Registro en reconstrucción.

Algunos días después de esas ventas, las fincas compradas en una de aquellas cinco escrituras fueron de nuevo adquiridas a título de compraventa por la misma heredera y sobrina que las había vendido, y fué pagada la correspondiente liquidación y anotada la escritura preventivamente en el Registro de la Propiedad.

La Oficina liquidadora, ya en el año 1943, requirió a la heredera para que presentase los documentos necesarios para la liquidación y pago del impuesto correspondiente a la herencia de la expresada causante y, efectivamente, la heredera presentó copia de una escritura otorgada días después del requerimiento en la que constaba la manifestación de herencia y en la que se incluían bienes de los que se decía haber tenido conocimiento con posterioridad a la fecha de la escritura de manifestación parcial de 1939, al principio mencionada. Entre ellos no se comprendían las fincas que la heredera había vendido en las escrituras a que hemos hecho referencia, y la Oficina liquidadora instruyó expediente de investigación por ocultación y tomó como base de liquidación el valor en aquellas declarado, por ser más cuantioso que el comprobado, y liquidó con multa igual a la cuota.

Recurrió la interesada ante el T. E.-A. provincial y sostuvo en el escrito de alegaciones que la multa era completamente improcedente porque no había transcurrido el plazo reglamentario para la presentación de la herencia a liquidación, y por añadidura no existía ocultación, teniendo en cuenta que se había obtenido prórroga y que era además de aplicar el artículo 113 del Reglamento, puesto que sobre la transmisión hereditaria se había promovido litigio instado a raíz del fallecimiento de la causante, sobre la validez de su testamento cuyo pleito estaba pendiente, como acreditaba con la correspondiente certificación, la cual justificaba que el pleito había sido iniciado antes de transcurrir el plazo reglamentario de presentación de los documentos a liquidación, y como el Reglamento no exige que se dé cuenta de la existencia del litigio, sino que el hecho de su existencia produce de derecho la inte-

rrupción del plazo, no había lugar a la investigación ni a la liquidación y exacción de multa. Añadía que si no se comunicó a la Oficina liquidadora la existencia del pleito fué porque ésta no cumplió el precepto del artículo 48 del Reglamento, que mandó que antes de girar las liquidaciones se notifique el acuerdo de practicarlas.

En cuanto a la ocultación, se razonó su inexistencia diciendo que la venta de las fincas de la herencia no había tenido por objeto ocultarlas, sino el de "sustraerlas a los efectos de una posible sentencia condenatoria en el pleito, mediante enajenaciones a base de que el adquirente pudiera invocar su condición de tercero hipotecario", y también el de proveerse de fondos para pleitear, al no poder hacerlo como pobre.

El Tribunal Provincial accedió al recurso y dijo que la multa era improcedente, pero la Dirección General de lo Contencioso se alzó ante el Tribunal Central y alegó lo siguiente, en síntesis: que el artículo 113 del Reglamento autoriza la interrupción del plazo de presentación de documentos en caso de litigio, pero también es de tener en cuenta que la Oficina liquidadora ignoraba tal circunstancia cuando giró las liquidaciones; que aunque el Reglamento no obliga a dar cuenta de la incoación del litigio, los interesados deben hacerlo para evitarse las consecuencias de su silencio, como pudo hacerlo la reclamante al presentar los documentos aludidos o al ser requerida por la oficina; que su silencio lleva en sí necesariamente implícita una renunciación al beneficio que el artículo 113 concede; que no se trata en el caso de la multa del párrafo 4.º del artículo 221 del Reglamento, como erróneamente entendió el Tribunal Provincial, y que los hechos sancionados son de los más graves que la legislación del impuesto prevé como acreedores de castigo y de tan difícil justificación, que quizás debieran ser castigados con la máxima sanción del artículo 227 del Reglamento. En definitiva pedía la revocación del fallo y la afirmación de las liquidaciones con las multas impuestas.

El Tribunal Central estimó en parte el recurso y declaró nulas las liquidaciones y ordenó girar otras con la multa del 50 por 100 de las cuotas.

Dice que el beneficio del artículo 113 ha de entenderse concedido al contribuyente de buena fe y no al que escudándose habilidosamente en él pretende sustraer los bienes al pago del impuesto, de tal manera que cuando un interesado no lo utiliza y solicita pagar el impuesto de parte de los bienes de la herencia, es que renuncia al beneficio, porque

sería absurdo pensar que los plazos estaban suspendidos para los bienes ocultados y no lo estaban para los declarados, máxime cuando aquéllos habían sido sustraídos por haberlos vendido sin incluirlos en el cuaderno particional.

El Reglamento no exige dar cuenta del litigio para que los plazos se suspendan, y por ello bastaría que el contribuyente así lo acreditase al ser requerido de presentación; pero, cuando al requerimiento contestaba el interesado, sin hacer referencia al pleito, declarando ciertos bienes y prescindiendo de los que había enajenado, sería ilógico que constándole a la Administración que los bienes no declarados pertenecían a la herencia, dejase de liquidarlos, sobre todo teniendo en cuenta que tal conducta de la heredera muestra palmariamente el propósito de ocultarlos, como lo acreditan las ventas y retroventas mencionadas y su acceso al Registro en forma de anotación al amparo de la destrucción del mismo y de la Ley de 5 de julio de 1938.

Respecto a la invocación del artículo 48, dice la Resolución que éste no se pudo infringir porque el aplicado fué el 170, que se refiere a que una vez determinados los bienes se dé conocimiento a los herederos de los descubiertos, puesto que de éstos sobradamente sabía la heredera que no los había declarado, y aunque se le hubiese dicho de qué bienes se trataba, ello hubiese sido intrascendente, puesto que las liquidaciones hubiesen sido las mismas, una vez hecha la notificación, sin perjuicio de poder reclamar contra ellas como lo hizo.

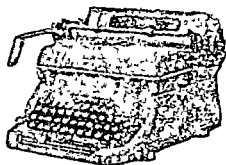
Por último, en cuanto a la multa aplicable en relación con el artículo 224 y con el 221, deduce que la ocultación se descubrió al liquidar la escritura de manifestación de herencia, es decir, al pretender una liquidación definitiva, ya que la primeramente practicada fué parcial, lo hace que sea aplicable el número 3.º del 224 que refiere la penalidad al 221; y como de este artículo no son aplicables ninguno de los dos primeros números al caso, éste debe incluirse en el 3.º, que autoriza la sanción del 50 por 100 de las cuotas, ya que la multa del 100 por 100 a que se refiere el número 4.º del mismo artículo exige que el requerimiento sea reiterado, la negativa infundada y la liquidación practicada con los datos que la misma Administración se procure.

Ninguna observación de importancia merece al criterio sustentado a través de tan extensos antecedentes, como no sea para decir que, dadas las maquinaciones destacadas a través de ellos no se podía sostener razonablemente otra interpretación al artículo 113, so pena de admitir

que su literalismo sirviese para cohonestar un claro propósito de defraudar al impuesto.

Nos parece, pues, que ante unos medios manifiestamente encaminados a ocultar los bienes y defraudar el impuesto, no es posible admitir que el contribuyente defraudador pueda esgrimir un texto legal como el del artículo 113, destinado sí a facilitar el esclarecimiento del derecho del verdadero adquirente de los bienes, pero no a que el contribuyente se sirva de él para sustraer los bienes o una parte de ellos al tributo, y además que lo esgrima, no en el momento oportuno, que sería cuando la oficina le requirió, sino cuando vió que sus maquinaciones fraudulentas habían sido descubiertas.

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



MANUEL DEL PALACIO

MAQUINAS DE ESCRIBIR
SUMAR Y CALCULAR

TALLER DE REPARACIONES

PLAZA DE CANALEJAS, 6

TELEFONO 18435

MADRID

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1946.—*Efectos de la moratoria.*

Ninguna de las disposiciones legales relativas a la moratoria, concedida inicialmente por el Decreto de 27 de agosto de 1938 y el artículo 72 de la Ley de 7 de diciembre de 1939, prohíbe el ejercicio de las acciones que tiendan a conseguir la *declaración y el aseguramiento de los créditos*, a cuya *efectividad o ejecución* han de alcanzar solamente los efectos suspensivos de la expresada medida, protectora del interés de los deudores, y sobre éste, del de la economía nacional, ambos compatibles con el de los acreedores mediante la posibilidad del ejercicio por éstos de las acciones que se encaminan a la declaración y seguridad de sus derechos hasta el límite que marca la eficacia, según tiene declarado ya esta Sala en sus sentencias de 1.º de junio de 1942 y 30 de noviembre de 1943. Esta doctrina se halla también confirmada, en cuanto a su adecuación y exactitud, por el Decreto de 22 de julio de 1942, en el que, al levantar la moratoria general, excluyó toda duda acerca de la cuestión antes apuntada, por cuanto en sus artículos 1.º y 10 dispuso que, a partir de la fecha que señala, serán «exigibles» las deudas, pudiendo ser incoados, «proseguidos» o «terminados» los procedimientos, y «si ya existiere sentencia firme podrá instarse la ejecución», términos que claramente revelan que la suspensión impuesta por las moratorias afectaba sólo a la efectividad judicial de los créditos, no a las acciones encaminadas a la declaración y aseguramiento de los mismos.

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1946.—*Retracto y propiedad horizontal.*

La sentencia de instancia parte de la afirmación de que entre las tres fincas registrales que integran la casa núm. 2 de la calle

de ... existe comunidad a los efectos legales, y se funda para ello, sin negar que entre los propietarios de la misma se procedió en la escritura otorgada en 5 de febrero de 1853 a la división de dicha casa, en que tales fincas tienen las dos paredes frontales maestras, el tejado y aleros del mismo sin solución de continuidad, y en el que la puerta de entrada, el hueco o caja de la escalera y una dependencia situada bajo los tramos de ésta, son comunes a todas ellas, resultado que concuerda fundamentalmente con el ofrecido por el Registro de la Propiedad, según se infiere de los escritos de las partes extractados en el apuntamiento, puesto que en una de dichas fincas se encuentran las partes comunes a todas ellas, como antepuerta, zaguán, escalera y letrinas.

Entrando en el examen del motivo primero y fundamental del recurso, donde, invocando el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se sostiene la infracción de los artículos 396, 400 y 402 del Código civil y del artículo 8.º, número tercero de la Ley Hipotecaria; según la reforma experimentada por virtud de la Ley de 26 de octubre de 1939, hay que partir de que nuestro Código civil se refiere a dos formas de condominio distintas en los artículos 392 y 396, caracterizada la primera por la pluralidad de dueños sobre una misma cosa sin especial designación de parte determinada para cada uno de los partícipes, y la segunda, caso de finca urbana cuyos pisos pertenecen a distintos dueños, determinada por la existencia de partes individuales y partes comunes, y cuya regulación anterior a la Ley citada más arriba se limitaba a establecer la proporción en que los dueños de los diversos pisos habían de contribuir a los gastos comunes, pero dentro del título del Código destinado a regular la comunidad de bienes que evidencia que se trata de un caso de comunidad especial. A ambas formas de condominio es, en principio, aplicable el derecho de retracto establecido en el artículo 1.522 del Código civil, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, definida de modo terminante en la sentencia de 17 de abril de 1896, al afirmar que el hecho de estar una casa dividida en pisos correspondientes a diversas personas no borra la comunidad real y efectiva que establecen, así la comunidad de la techumbre como la del solar, las paredes maestras medianeras y las demás cosas y obligaciones de carácter esencialmente común, por lo que no cabe negar la facultad de ejercitar el retracto a esta

clase de condueños, y reiterada posteriormente en la de 8 de enero de 1912, entre otras, sin que a proclamarlo así obsten algunos fallos denegatorios de derechos de retracto, como los contenidos en las sentencias de 25 de abril de 1900 y 10 de mayo de 1944, en las que no se da lugar a aquél por la mera existencia de elementos comunes si ellos son insuficientes para determinar la comunidad. Tal doctrina, que responde, como el precepto del artículo 1.522 del Código civil, a la conveniencia social de evitar los inconvenientes de los estados de comunidad, es perfectamente aplicable al caso de que se trata en el presente litigio, puesto que hay perfecta y notoria identidad entre el hecho de que los diversos pisos de una casa pertenecen a diferentes dueños y el que ésta se halle dividida entre varios dueños por habitaciones, dependencias o trozos, siendo comunes todas partes esenciales del edificio. La reforma experimentada en el artículo 396 del Código civil, por virtud de la Ley de 26 de octubre de 1939, no sólo no obliga a rectificar tal doctrina en casos como el presente, sino que ofrece nuevos argumentos para mantenerla; puesto que, aparte de que la finalidad de la Ley fué, como se expresa en su preámbulo, abrir un cauce jurídico, a la libertad contractual, estimulando las operaciones conducentes a la adquisición y gravamen de la propiedad privada denominada horizontal, «unidad al condominio indivisible sobre los elementos comunes necesarios al debido aprovechamiento de cada una de sus partes», es lo cierto que al otorgarse el derecho de tanteo a los condueños de la finca, en caso de enajenación por el propietario del piso que le pertenezca, viene a reconocer en cierta medida el carácter de comuneros que aquéllos ostentan, y al no derogar en este punto el artículo 1.522, que establece el retracto, indica claramente que subsiste especialmente en caso como el actual, donde no aparece que el vendedor hiciera saber en forma a los condueños las condiciones de la venta concertada para que pudiesen ejercitar el derecho de tanteo a que se refiere el artículo 396 en su nueva redacción, con lo que se llegaría a la injusta consecuencia de que la aludida omisión impediría al condueño la adquisición del piso de la casa o parte de la finca enajenados, lo que en modo alguno puede admitirse, y al permitir la inscripción en el Registro de los pisos como fincas independientes, según el artículo 8.º, número tercero, de la Ley Hipotecaria, en su redac-

ción actual, no hace sino otorgar estado legal a situaciones registrales como la que ha dado lugar a este litigio, pero sin que por ello se destruya la comunidad, que permite el ejercicio del derecho de tanteo y retracto, en su caso, por los condóminos en caso de venta.

SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1946.—*Competencia: sumisión tácita.*

No puede estimarse como sumisión tácita, a los efectos del artículo 58 de la Ley procesal civil, el hecho de que la compañía demandada compareciera ante la Junta de Detasas de L., puesto que como la obligación que los artículos 3.º de la Ley de 24 de junio de 1938 y 6.º del Reglamento imponen a los usuarios y empresas de someter las reclamaciones derivadas del contrato de transporte al conocimiento de tales Juntas cuando aquéllas excedan de 2.000 pesetas, no tiene mayor alcance que el de apurar un trámite de carácter conciliatorio especial; y es obvio que no siendo la conciliación un verdadero juicio ni asignándole la Ley la calificación de incidente del asunto principal, la circunstancia de no haberse promovido competencia acerca de la misma no podría implicar en ningún caso la hipótesis del número dos del artículo citado de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1946.—*Deuda alimenticia.*

La sentencia establece que, si bien el marido está obligado a alimentar a su cónyuge conforme a su situación social, a este último incumbe la carga de prueba de necesitar los alimentos, y que el Tribunal de instancia pudo acertadamente estimar que dicha prueba no se había logrado, pese a la concesión del beneficio de pobreza a la actora.

SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1946.—*Causa ilícita.*

El marido de la actora vendió simuladamente y donó, simuladamente una finca a la demandada para sustraerla a sus legítimos. Dieciocho años más tarde, y después de fallecido el marido, la actora pide que se declare dicho contrato nulo. La Audiencia

rechazó la demanda por haber transcurrido los cuatro años marcados por el artículo 1.301 del Código civil para la anulación de un contrato que exprese una causa falsa. El Tribunal Supremo casa la sentencia: «El tema tan discutido de la causa en los negocios jurídicos, a la vez sugestivo e intrincado, fué objeto de examen por esta Sala en múltiples sentencias, entre las que cabe citar como más recientes la de 2 de abril de 1941 y la de 12 de abril de 1944, declarando que, aun dadas las dificultades técnicas para delimitar el ámbito de la causa del contrato y del móvil que lleva a su celebración, hay casos en que una y otro se confunden, y es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico al reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad, apreciada en su conjunto, por lo que aplicada al caso de autos esa doctrina que, en definitiva, proclama el imperio de la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico, cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio, se ha de ver en el propósito que presidió la donación de burlar los derechos legítimos de la mujer e hijos del donante la causa que domina y da razón de ser al contrato, y ha de ser calificada de ilícita, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.275, en relación con el 636 y con el 806, del Código civil, ya que contraría la prohibición legal enderezada a velar por la defensa de la legítima, según tiene reiteradamente dicho esta Sala en casos análogos, entre otras sentencias, en la de 12 de junio de 1941 y en la citada de 12 de abril de 1944. Por lo expuesto, no es correcto el calificativo de contrato con causa falsa que el Tribunal de instancia ha dado a la donación, ni por esta vía se podría mantener la tesis de que el contrato es meramente anulable cuando la causa, aun siendo verdadera, no es lícita, pues la ilicitud vicia sustancialmente el negocio y lo vuelve radicalmente nulo, según se desprende de los términos en que están concebidos los artículos 1.275 y 1.276 del Código civil, si quiera no sean tan expresivos como los del artículo 985 y concordantes del Proyecto de 1851, que incluyó *explícitamente* la licitud de la causa entre los requisitos esenciales del contrato, dando así mayor luz en materia de nulidad y anulabilidad, aunque en realidad no

sca dudoso que los artículos 1.300 y 1.301 del Código vigente excluyen de su ámbito el contrato con causa ilícita, tanto porque la ilicitud equivale a carencia de causa, según el artículo 1.275, como porque para nada se menciona el caso de ilicitud en el cómputo de los cuatro años que dura la acción de anulabilidad. En consecuencia, por ser radicalmente nulo por carencia de causa el simulado negocio de compraventa, y nulo también absolutamente el disimulado de donación por ilicitud de la causa, procede casar la sentencia recurrida.»

SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1946.—*Interpretación de una declaración de voluntad.*

Las partes celebraron verbalmente un contrato. Luego envió una de las partes a la otra un proyecto de escritura, sugiriéndole que consultara el negocio con su padre y autorizándola a desligarse del compromiso de venta, si su padre le aconsejaba no formalizarlo. No obstante, la parte contraria firmó dicho convenio. La cuestión consiste en si el permiso de desvinculación se había dado respecto al prístino contrato verbal o respecto al contrato escrito. El Tribunal Supremo sostiene el primer punto de vista.

SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1946.—*Simulación; precio justo.*

En el caso de autos se vendió una finca de un valor de 30.000 pesetas por 1.000. El Tribunal Supremo declara que el precio fué real y no simulado, y que si bien no fué justo, no se exige en Derecho positivo español, a diferencia del Derecho español histórico, inspirado en el romano y canónico, la justicia del precio. Como, por otra parte, el vendedor se había reservado el usufructo y no constan otras pruebas de una posible simulación, la venta se mantiene como válida.

SENTENCIA DE 1.º DE MAYO DE 1946.—*Efectos de la mora del comprador de un inmueble.*

En la venta de un inmueble hay que atemperar el artículo 1.124 al artículo 1.504, ambos del Código civil; mientras que no se pro-

duzca el requerimiento judicial o notarial dirigido al comprador, queda en suspenso el derecho del vendedor transmitente de resolver el contrato.

SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1946.—*Seguro.*

El Tribunal Supremo declara que los acontecimientos en España durante la guerra civil, que impidieron que el asegurado en San Sebastián comunicara a la sociedad aseguradora en Madrid el siniestro en el debido plazo, constituyen fuerza mayor. A continuación afirma el Tribunal Supremo que la venta de mercancías a milicianos armados, que como contraprestación entregaron unos vales, que la «Comisión de Finanzas» reconoció pero no pagó, es un despojo por medio de saqueo o pillaje a los efectos de la póliza.

SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1946.—*Ley de 21 de mayo de 1936 y la nueva Ley de Justicia municipal.*

La letra C de la Base décima de la Ley de 19 de julio de 1944 establece que el proceso de cognición ante los Jueces municipales y comarcales se regirá por lo estatuido en las disposiciones vigentes, para los asuntos de que conocían aquéllos en el instante de su promulgación, salvo las modificaciones que a continuación, y en párrafos separados, expresa. Como es un hecho indiscutible e indiscutido que a la publicación de la Ley básica reguladora de la nueva organización de la Justicia municipal estaba en pleno vigor la de 21 de mayo de 1936, sólo resta examinar si ha sido ésta derogada por las modificaciones aludidas de la Base décima; y esto sentado, como entre ellas no existe ninguna que afecte a la competencia territorial que de modo expreso derogue la Ley en cuestión, ni se advierte tampoco la incompatibilidad de la que pueda inferirse una tácita derogación, es clara su aplicabilidad a los procesos indicados; máxime si se tiene en cuenta que la Ley de 21 de mayo de 1936, restrictiva—por motivos graves y notorios—del régimen establecido en esta materia por la Ley de Enjuiciamiento civil, y muy especialmente por su artículo 62, es lógico inducir que si el legislador no hubiese estimado conveniente

su subsistencia y aplicabilidad a los procesos de cognición, la hubiera derogado clara y paladinamente.

SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1946.—*Desahucio; novación.*

Aunque el juicio de desahucio debe limitarse, por regla general, a la procedencia de la acción ejercitada en relación con los elementos integrantes de la relación jurídica arrendaticia en que ésta se apoya, el Tribunal Supremo admite que en algunos casos y supuestos la competencia puede adquirir una mayor flexibilidad que permita la proposición y discusión, dentro del mismo juicio, de cuestiones que relacionadas con el derecho del arrendador para desalojar la finca, o del arrendatario para oponerse válida y eficazmente al desahucio (sentencia de 5 de octubre de 1920), estén tan íntimamente relacionadas con el arrendatario de que se trate, afecten a los derechos y obligaciones del mismo derivados o se contraigan al estado posesorio consecutivo, sean determinantes de la razón del proceso y aparezcan vinculadas a la relación contractual que se trata de rescindir con el ejercicio de esta peculiar acción, constituyen supuesta indeclinable de la resolución estimatoria a que pudiera haber lugar. En el caso de autos existían primitivamente entre las partes dos contratos de arrendamientos, uno referente a una tienda y otro relacionado con una vivienda. A causa de los desperfectos producidos por la guerra civil y las subsiguientes reparaciones, se amplió la tienda, mientras que, en cambio, desapareció la vivienda. No obstante, aceptó el arrendatario esta situación. Estos hechos constituyen una novación, a los efectos del artículo 1.203, número primero, del Código civil. La Sala de instancia, al no aplicar la mencionada disposición, infringió por ello asimismo el artículo 4.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y el artículo 1.563 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

LA REDACCIÓN.

época actual una ampliación tan extraordinaria, que sin exageración puede decirse que el *ius speciale* se ha convertido hoy en *ius generale*. El afán de lucro, característico de la época turbulenta que vivimos, ha hecho de la especulación el móvil universal de los contratos y ha llevado a comerciantes y no comerciantes a un campo de coincidencia, sometido por mutuo beneplácito a las normas del Derecho mercantil, siempre más flexibles, universales y adaptables a las nuevas necesidades. A esta expansión del Derecho mercantil han contribuido muchos factores, y entre ellos la enorme difusión de los contratos uniformes de las grandes empresas, que llegan a todos los rincones del mundo civilizado, y el rápido crecimiento de la riqueza mobiliaria, unido a la extraordinaria movilización inmobiliaria. Todo conspira modernamente en favor de la penetración del Derecho mercantil en todos los ámbitos de la contratación, hasta el punto de ser ya muy difícil acotar en terreno separado los actos que se llamaban "de comercio" y que atraían hacia sí la aplicación de un Derecho especial. Estas sencillas consideraciones abonarían la oportunidad de una publicación que estuviese dedicada exclusivamente a tratar los problemas específicos del Derecho mercantil moderno. Pero el ámbito de la Revista es más extenso. En la actualidad ni pueden tratarse los problemas jurídicomercantiles como manifestaciones aisladas, sin conexión con los demás sectores de la actividad económica distinta del comercio, ni sería lícito prescindir del estudio de ciertos grupos de normas jurídicas que, sin constituir Derecho mercantil en sentido estricto, rigen y ordenan, bien el fenómeno económico del comercio en aspectos que escapan al tradicional cuño privatístico de esa disciplina, bien sectores económicos afines. Téngase muy presente que la creciente intervención del Estado en la vida económica permite adivinar en el horizonte el auge progresivo de la legislación económica. Y en este surgir del llamado Derecho de la Economía, como organización jurídica objetiva de amplios sectores de la producción y del consumo, no sólo corresponde al Derecho mercantil —como Derecho de las empresas organizadas— suministrar los instrumentos jurídicos que ha de manejar el economista, sino que, como contrapartida de esa entrega se va desdibujando la tradicional fisonomía individualista de este Derecho por obra de los postulados de solidaridad y de subordinación al bien común que sirven de fundamento al intervencionismo estatal. Por ello, así como se habla de traer la Economía al campo del Derecho, es urgente traer a los economistas al té-

rréno del Derecho mercantil, como única forma posible de investigar y crear un Derecho vivo, fuertemente arraigado en la realidad, y no un Derecho fosilizado en las leyes, obra muerta de "técnicos", sólo atentos al juego dialéctico de las figuras y de los conceptos. Por otra parte, al lado de la legislación económica, la exuberante legislación fiscal de estos últimos años, con sus profundas repercusiones sobre el Derecho mercantil material, constituye una de las manifestaciones más elocuentes de la necesidad de ampliar el campo de visión al enfrentarse con los problemas jurídicomercantiles. Y de aquí que al dar acogida en el seno de la Revista a estas materias y a sus problemas, pueda decirse, sin temor a incurrir en el tópico, que se colma una verdadera laguna entre las publicaciones jurídicas de nuestra patria. Para cumplir la finalidad que ha quedado esbozada, la Revista agrupará las materias que han de integrar su contenido en dos grandes partes. La primera constituirá el cuerpo doctrinal e irá formada por estudios de investigación de los colaboradores españoles y extranjeros que tratarán problemas de interés actual en cualquiera de los órdenes del pensamiento jurídico que abarca la Revista. La segunda parte tendrá carácter esencialmente práctico, informativo y documental. Expondrá al lector el movimiento de los hechos más destacados a través de la publicación de documentos, de la crítica objetiva de textos legales, del comentario de la jurisprudencia de nuestros Tribunales, de la minuciosa reseña de libros y de revistas y de un resumen de otros datos de orden científico cuyo conocimiento pueda ser provechoso para los lectores." La primera parte del primer número contiene un estudio del Sr. Garrigues sobre la fundación de la sociedad anónima, y otro del Sr. Jesús Rubio sobre "Ejemplares y duplicados del conocimiento". La segunda parte se subdivide en diferentes secciones: Banca (R. Canosa, "Protección a las carteras de títulos en circunstancias de guerra"), Seguros (R. Uria, "El seguro privado español en la postguerra"; (J. Navas, "Reseña de libros y revistas españolas de los años 1940 a 1945"), Transportes (B. J. Castro-Rial, "Consideraciones sobre la ley de ordenación ferroviaria"), Propiedad industrial (M. Díaz Velasco, "El régimen de la propiedad industrial"), Varia (J. Girón Tena, "Reseña de doctrina, legislación y jurisprudencia españolas de los años 1936 a 1945"), Contribuciones e impuestos (F. Sáinz de Buja, "Una etapa fundamental en la evolución del Derecho fiscal mercantil, 1936 a 1945").

Las dos nuevas Revistas constituyen un indudable enriquecimiento

de nuestra literatura jurídica. La solvencia de sus directores, la erudición de sus colaboradores, así como la pulcritud y el esmero de la edición son garantía personal y real de una vida duradera y fructífera.

ROSAL (JUAN DEL) : *Criminalidad en el mundo actual* (tirada aparte de *Santa Cruz*, Revista del Colegio^o Mayor Universitario de Felipe II, número 2, 1946).

El insigne catedrático pinciano parte del "pavoroso aumento de criminalidad" que se observa hoy día en casi todos los países del mundo. "Frente a estas manifestaciones criminales", dice, "la Ley se muestra impotente, porque la raíz del fenómeno es mucho más profunda, puesto que yace en la misma constitución social del actual mundo". Mientras que este fenómeno sigue en pie, el criminólogo se limitará a observar, y observará cómo algunas explicaciones del delito fallan y cómo algunos remedios contra el mismo fracasan, "puesto que en una situación histórica tan confusa como la de hoy no hay espacio para el zahorí de mañana".

LA REDACCIÓN.